Kann nach Ausstellung eines Dispositionspapiers dingliche Wirkung auch ohne Begebung des Papiers erreicht werden?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von
Hermann Schropp
Gerichts-Referendar.

1931

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Prof. D. Dr. A. B. Schmidt.
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Mai 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung 1

I. **Die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes als Sachenrechtsübertragungsform bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.**

§ 1. Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien über die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere 4

§ 2. Der unmittelbare Besitz als Mittel zur Uebertragung von Sachenrechten an den in Dispositionspapieren verbrieften Waren. 12

II. **Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes als Sachenrechtsübertragungsform bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.**

1. Allgemeines.

§ 3. Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren, insbesondere im Falle des fehlenden mittelbaren Besitzes. 29

2. Die Ausgestaltung dieser Sachenrechtsübertragungsform beim Orderdispositionspapier.

§ 4. Die Uebertragung der in Orderpapieren verbrieften Rechte. 34

§ 5. Die Uebereignung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in einem Orderdispositionspapier verbrieften Waren. 39

§ 6. Die Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in einem Orderdispositionspapier verbrieften Waren. 44

3. Seite

§ 7. Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in Inhaber- und Rektadispositionspapieren verbrieften Waren. 52

III. § 8. Die Anwendung der übrigen Sachenrechtsübertragungsformen bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren. 57

IV. § 9. Die Uebertragung dinglicher Rechte an verbrieften Waren ohne Uebergabe des Dispositionspapiers durch Anwendung der Uebergabeersatzmittel anstelle der unmittelbaren Uebergabe des Papiers. 61

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Karl, Das österreichische Lagerhausrecht. Berlin. 1892.

Adler, Karl, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Band 26. Wien. 1899.

Beling, Günther, Der Inhaberlagerschein im Verkehr und Konkursfall nach neuem Recht, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Goldschmidts Zeitschrift, abgekürzt Z.H.R.). Band 58. Stuttgart. 1906.

Biermann, Johannes, Traditio ficta. Stuttgart. 1891.

Brunner, Heinrich, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Auflage. München. 1930.

Brunner, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abteilung 2, Teil 1 Band 1. 2. Auflage. Leipzig. 1906.

Brütt, Lorenz, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht. Berlin. 1908.

Burchard, Joh., Das Lagergeschäft, in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen. Band 16. Breslau. 1900.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Auflage. Stuttgart. 1930.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7./8. Auflage. Jena. 1924.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. II. und III. Band. Mannheim. 1910/1913.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 2. Abteilung (10. Bearbeitung) und III. Band (früher II. Band, 1. Abteilung, 8. Bearbeitung). Marburg. 1928—1929.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (abgekürzt R.G.E.).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (abgekürzt R.O.H.G.).

Fischer, Otto Christian, Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs. Berlin. 1908.

Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Auflage. Berlin. 1929.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abteilung 2, Teil 3, Band 2. Leipzig. 1905.

Goldschmidt, Levin, Handbuch des Handelsrechts. I. Band, 2. Abteilung. Erlangen. 1868.

v. Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts. Tübingen. 1930.

Heilbrunn, Inhaberlagerscheine, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Band 14. Berlin. 1905.

Hellwig, Konrad, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig. 1899.

Heusler, Andr., Institutionen des deutschen Privatrechts, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abteilung 2, Teil 2, Band 2. Leipzig. 1885.

Heymann, Ernst, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, in der Festgabe für Felix Dahn, III. Teil. Breslau 1905.

Hübner, Rudolf, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 4. Auflage. Leipzig. 1922.

Jacobi, Ernst, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. München. 1906.

Jacobi, Ernst, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, 1. Leipzig. 1917.

Kempner, Die Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung. Breslauer Dissertation. 1910.

Langen, Arnold, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrechte. Berlin. 1906.

Lasalle, Georg, Die Besitzverhältnisse bei Konnossement und Ladeschein. Göttinger Dissertation. 1904.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Band. Berlin. 1901.

Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht. Band 2. Leipzig. 1901.

Makower, H. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Auflage. II. Band. Berlin. 1907.

Mittelstein, Max, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht. Band 1. Leipzig. 1903.

Mittelstein, Max, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band VII, 1. Leipzig. 1918.

Müller-Erzbach, Rudolf, Deutsches Handelsrecht. 3. u. 2. Auflage. Tübingen 1928.

Noethling, Karl, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere. Göttinger Dissertation. 1908.

Pappenheim, Max, Handbuch des Seerechts, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Abteilung 3, Teil 3, Band 2 und Band 3. Leipzig. 1906/1918.

Pfeiffer, H., Konnossement und Ladeschein. Leipziger Dissertation. 1904.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Auflage. II. Band, 1. Hälfte und III. Band. Berlin. 1914/1920.

Reichsgerichtsräte-Kommentar (abgekürzt RGR.Komm.). Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Busch, Erler u. a. 6. Auflage. 2. und 3. Band. Berlin. 1928.

Rießer, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Z.H.R.). Band 39. Stuttgart. 1891.

Ruepprecht, Otto, Das Recht der Lagergeschäfte nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Tübinger Dissertation. 1899.

Schaps-Mittelstein-Sebba, Das deutsche Seerecht, Kommentar zum 4. Buch des Handelsgesetzbuchs. 2. Auflage. Berlin. 1921.

Schröder, Richard, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 6. Auflage. Leipzig. 1922.

Schwabe, Julius, Die Abtretung der in vollkommenen Orderpapieren verbrieften Rechte. Göttinger Dissertation. 1913.

Siebert, Wolfgang, Die besitzrechtliche Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, (Z.H.R.). Band 93. Stuttgart. 1929.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Auflage. II.—IV. Band. Berlin. 1926/1927.

Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 12. Auflage. Berlin. 1929.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage. II. Band, 1. Teil und III. Band, 1. und 2. Teil. München. 1926/1930.

Wolff, Martin, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band IV, 1. Leipzig. 1917.

Wolff, Martin, Kritik über Heymann, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Z.H.R.). Band 58. Stuttgart. 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0064

Einleitung

Im alten deutschen Recht war, wie in jeder jungen Rechtsordnung, der Besitz als ein nach außen sinnfällig in die Erscheinung tretendes, tatsächliches Verhältnis einer Person zu einer Sache das Mittel zur Begründung und Uebertragung von Rechten an beweglichen Sachen. Zur Uebereignung von Fahrnisstücken war daher die Uebertragung leiblicher Gewere, verbunden mit dem Willen der Eigentumsübertragung, zunächst unumgängliches Erfordernis. Nur die äußerlich erkennbare Aenderung des Besitztatbestandes führte dingliche Wirkung herbei [1]). Mit zunehmendem Verkehr entwickelten sich aber „rechtsgeschäftliche Ersatzmittel der Uebergabe, aus denen die Theorie seit dem Mittelalter ein umfassendes System der Besitzübertragung durch Zeichen und durch Wort herausspann“ [2]). Man ließ danach den Erwerb dinglicher Rechte auch in Fällen zu, bei denen das Erfordernis der körperlichen Uebergabe nicht erfüllt war, so unter anderem bei der Uebergabe von Erwerbsurkunden. Diese sogenannte traditio cartae, bei welcher der Erwerb dinglicher Rechte nur an die Einhändigung von Urkunden geknüpft wurde, war dem römischen Vulgarrecht entnommen. Sie beschränkte sich anfänglich auf die Uebertragung von Grundstücken und wurde auch hier nicht in ihrer reinen Form verwendet, da die sinnfälligen Formen des deutschen Liegenschaftsrechts doch zu tief im Rechtsleben wurzelten. Es vollzog sich daher eine Vermischung der traditio cartae mit den volkstümlichen und sinnbildlichen Uebereignungshandlungen des germanischen Rechts, indem bei der Uebereignung eines Grundstücks gleichzeitig mit der Urkunde die volksrechtlichen Investiturſymbole übergeben werden mußten [3]). Bei Rechtsgeschäften über bewegliche Sachen stieß die traditio cartae ursprünglich auf eine gewisse Zurückhaltung; man scheute im Mobiliarverkehr vor einer allgemeinen Verwen-

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch, II, 3, Band 2 S. 544 ff.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 428.
[2]) Gierke, a. a. O., S. 231.
[3]) Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, § 47.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, in Bindings Handbuch, II, 1, Band 1, § 58, S. 570 ff.
Gierke, a. a. O., S. 271.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, in Bindings Handbuch II, 2, Band 2, S. 68 ff.
Hübner, a. a. O., S. 239 f.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, § 35, 2, S. 305 ff.

dung der Urkundenbegebung, welche eine Uebertragung des Sachbesitzes nicht voraussetzte, zunächst zurück. Doch allmählich setzte sie sich auch bei der Fahrnisübereignung durch[4]). Heymann, der die Entwicklung der traditio cartae bei Mobiliargeschäften in seiner Abhandlung über die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere (S. 187—210) sehr eingehend untersucht hat, spricht davon (S. 190, 193), daß im Hochmittelalter in Südeuropa die Urkundenbegebung bei Fahrnisübereignungen eine ausgedehnte Verbreitung gefunden habe und „die Praxis der Uebereignung von Mobilien mittels Notariatsurkunden durch die Formularliteratur und die romanistischen Juristenschriften bestätigt werde".

Neben der Uebergabe von Urkunden gab es noch eine Reihe anderer Fälle, bei denen in gleicher Weise zur Begründung dinglicher Rechte eine körperliche Uebergabe nicht stattfand, so bei der Uebereignung durch Schlüsselübergabe, Zeichnung der Sache, Traditionserklärung in unmittelbarer Nähe des Veräußerungsgegenstandes. Alle diese Fälle versuchte die Lehre der Glossatoren und Postglossatoren auf eine wirkliche Besitzübertragung zurückzuführen, indem sie eine solche hier einfach fingierte. Sie faßte die aufgezählten Fälle unter dem Begriff der traditio ficta zusammen und stellte sie der traditio vera, der Uebertragung leiblicher Gewere, gegenüber. In Deutschland erhielten einige dieser Fälle, namentlich die Uebergabe von Urkunden und Schlüsseln, in unklarer Anlehnung an die deutsche symbolische Investitur bei der Grundstücksübereignung die Bezeichnung „symbolische Tradition", indem man beispielsweise bei der Urkundenbegebung annahm, die Urkunde repräsentiere die Sache[5]).

Die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere, insbesondere der Konnossementsbegebung, ist aber nicht erst durch die Lehre von der symbolischen Tradition entstanden, sondern sie wurde nur den anderen Fällen eingeordnet. Sie ruht vielmehr auf kaufmännischem Gewohnheitsrecht und reicht in ihren Anfängen bis in das 16.

---

[4]) Gierke, a. a. O., S. 230 ff., 544 f.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, S. 189 ff.
Wolff, Martin, in Z.H.R. 58, S. 620.

[5]) Biermann, Traditio ficta, S. 68 ff, 171 ff., 262 ff.
Gierke, a. a. O., S. 231 f.
Hübner, a. a. O., S. 208.
Heymann, a. a. O., S. 199 ff.

Jahrhundert zurück[6]). Ein Gewohnheitsrechtssatz, nach dem durch bloße Uebergabe eines Dispositionspapiers das Eigentum an der Ware übertragen oder ein Pfandrecht daran bestellt werden konnte, findet sich im 17. Jahrhundert schon ganz ausgebildet vor[7]), und in der deutschen Gerichtspraxis des 18. und 19. Jahrhunderts wurde dieser Satz allgemein angewandt[8]). Auch Gesetze und Verordnungen legten der Uebergabe von Dispositionspapieren dingliche Wirkung bei und stützten sich dabei auf das wohlbegründete kaufmännische Gewohnheitsrecht[9]). So fand die dingliche Rechtswirkung ausdrückliche Anerkennung im Preußischen Allgemeinen Landrecht und in der bremischen Erb- und Handfestenordnung von 1833 und 1860.

Zu Anfang des 19. Jahrhunderts erstand aber der Lehre von der symbolischen Tradition eine mächtige Gegnerin in der Besitzlehre Savignys, die zum Begriff der römischen possessio zurückkehrte und der ersteren ein Ende bereitete[10]). Nach Savigny gehörte zur Besitzverschaffung die Verschaffung der Möglichkeit einer unmittelbaren Herrschaft über die Sache. Die Lehre Savignys brachte damit auch die Gültigkeit des Satzes von der dinglichen Wirkung der Uebergabe der Dispositionspapiere ins Wanken. Da bei deren Begebung eine unmittelbare Sachherrschaft nicht begründet werden konnte, wurde die dingliche Wirkung von dieser Lehre überhaupt geleugnet. So entschied sich das Oberappellationsgericht zu Lübeck anfangs des 19. Jahrhunderts gegen die sachenrechtliche Wirkung der Konnossementsbegebung[11]), während die oben erwähnte bremische Erb- und Handfestenordnung von 1833 gerade entgegen diesem verneinenden Urteil ausdrücklich an der dinglichen Wirkung festhielt und so in ihrem Geltungsbereich wieder den Anschauungen der

[6]) Goldschmidt,, L., Handbuch des Handelsrechts I, 2 S. 707 ff., Note 23—25.
Heymann, a. a. O., S. 187 f.
Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch, III, 3, Band 3, S. 215 ff.

[7]) Heymann, a. a. O., S. 202 f.
Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht, Band 2, S. 323.

[8]) Vgl. die bei Goldschmidt, a. a. O., S. 710, Note 23 angeführten Entscheidungen.

[9]) Goldschmidt, a. a. O., S. 709 f., Note 23 f.

[10]) Heymann, a. a. O., S. 202.
Noethling Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 48.

[11]) Heymann, a. a. O., S. 136.
Pappenheim, a. a. O., III, 3, Band 3, S. 344.

Handelswelt Rechnung trug [12]). Bei diesem Rechtszustand kann es nicht wundernehmen, wenn bei der Beratung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches einer Festlegung der dinglichen Wirkung gegenüber äußerste Zurückhaltung geübt wurde und es besondere Mühe kostete, um wenigstens für das Orderkonnossement die dingliche Wirkung durchzubringen. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch kannte nämlich die dingliche Wirkung nur beim Orderkonnossement (Art. 649). Beim Lade- und Lagerschein war es damals bei dem Wunsche geblieben, auch ihnen der allgemeinen kaufmännischen Rechtsanschauung entsprechend dingliche Wirkung im Gesetz zuzuerkennen. Doch gingen Rechtsprechung [13]) und Rechtswissenschaft [14]), den dringenden Verkehrsbedürfnissen folgend, über diese gesetzliche Bestimmung hinweg und dehnten noch unter der Herrschaft des A.D.H.G.B. den Art. 649 auf den Lagerschein [15]) und den Ladeschein [16]) aus.

Das neue Handelsgesetzbuch ließ dann die Beschränkung des alten fallen, nahm eine Gleichstellung von Konnossement und Ladeschein vor und verlieh auch der Begebung der von staatlich hiezu ermächtigten Anstalten ausgestellten Orderlagerscheine dingliche Wirkung.

I. Die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes als Sachenrechtsübertragungsform bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.

§ 1.

Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien über die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere.

In den gleichlautenden §§ 424, 450, 647 bestimmt das geltende Handelsgesetzbuch, daß die Uebergabe des von einer hiezu staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellten Orderlagerscheins oder eines Ladescheins oder eines Konnossements an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen habe, wie

[12]) Goldschmidt, a. a. O., S. 709, Note 23.
Lewis-Boyens, a. a. O., S. 323 f.
[13]) Lewis-Boyens, a. a. O., S. 325.
Pappenheim, a. a. O., III, 3, Band 3, S. 344.
[14]) Goldschmidt, a. a. O., § 75, S. 764 ff.
[15]) Entsch. des R.O.H.G., Band 25, S. 356 und R.G.E., Band 28, S. 42.
[16]) R.G.E., Band 5, S. 80 und Band 32, S. 30.

die Uebergabe des Gutes, wenn das Gut von dem Lagerhalter, Frachtführer, Schiffer oder einem anderen Vertreter des Reeders übernommen ist. Damit hat das Gesetz den Regelfall für die Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte an den durch Dispositionspapiere verbrieften Waren behandelt, nämlich die Begebung der Dispositionspapiere. Es ist aber nicht gut denkbar, daß dem Verkehr nur diese Uebertragungsform zur Herbeiführung dinglicher Wirkungen zu Gebote steht. Es läßt sich nicht umgehen, daß der Handelsverkehr in seiner Mannigfaltigkeit mitunter, wenn aus Verkehrsrücksichten eine Indossierung als unzweckmäßig erscheint, eine andere Rechtsübertragungsform wählt als die eigentümliche handelsrechtliche. Sicher ist, daß neben der Begebung des Papiers Fälle vorkommen, in denen die Parteien auch auf eine andere Weise dingliche Wirkung herbeiführen wollen, selbst ohne daß sie hiezu das Papier übergeben, und die Sicherheit des Handelsverkehrs verlangt neben der wertpapiermäßigen Urkundenbegebung die Anerkennung der gewöhnlichen Rechtsübertragungsformen, sei es je nachdem mit oder ohne Uebergabe des nicht indossierten Papiers. Wollte man jene gänzlich ausschalten, so würde dies zu einer dem Verkehr manchmal lästigen Gebundenheit und zu einer Außerachtlassung der Interessen und Bedürfnisse des Handelsverkehrs führen. Ueber die Frage aber, ob und in welchem Umfang den innerhalb der Grenzen des bürgerlichen Rechts vorgenommenen Verfügungen über die Waren dingliche Kraft innewohnt, und darüber, ob die gewöhnlichen Uebertragungsarten stets von einer Uebergabe des Papiers begleitet sein müssen, herrscht Streit.

Die folgenden Erörterungen werden ergeben, daß neben der regelmäßigen Uebertragungsform der Papierbegebung grundsätzlich auch noch Raum für die bürgerlichen Sachenrechtsübertragungsformen vorhanden ist. Allerdings werden wir sehen, daß die Ausstellung eines Dispositionspapiers doch nicht ganz ohne Einfluß auf bestimmte Fälle der bürgerlichrechtlichen Uebertragungsformen bleibt.

Bereits mit der Erwähnung des Regelfalles kommen wir mit einem heftig umstrittenen Problem in Berührung, mit der Frage über die Erklärung der dinglichen Wirkung der Dispositionspapiere. Bei einer Behandlung der dinglichen Rechte an den durch Dispositionspapiere verbrieften Waren kann an jenem Theorienstreit nicht vorübergegangen werden, ohne hiezu Stellung zu nehmen. Dazu kommt, daß gerade für die aufgeworfene Frage die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien von Bedeutung ist und, je nachdem

man der einen oder anderen von ihnen folgt, man zu einer Verneinung oder Bejahung der Frage gelangt. Denn der Streitpunkt der beiden in der Hauptsache einander gegenübertretenden Theorien steht in einem so engen Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Frage, daß eigentlich mit dem Anschluß an eine von beiden Theorien die Frage grundsätzlich als bereits gelöst anzusehen ist. Es läßt sich daher nicht vermeiden, im folgenden zuerst eine kurze Schilderung der beiden wichtigsten Theorien nebst der von ihren Vertretern gegebenen Begründung zu geben, um die Gründe und Gegengründe gegeneinander abwägen und die Entscheidung für eine der beiden Ansichten treffen zu können.

Es sind unter den Erklärungsversuchen der „papierenen Uebergabe" 2 Gruppen von Theorien zu unterscheiden: die relativen und die absolute. Die ersteren trennen sich wieder in 2 Richtungen, die streng-relative und die Repräsentationstheorie.

Die relativen Theorien wollen die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere aus den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Sachenrechts unter Zurückführung auf eine Besitzübertragung erklären. Die sogenannte streng-relative Theorie hält dabei „streng" an den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über den Mobiliarverkehr fest. Nach Ansicht ihrer Vertreter, Makower [1]) und Hellwig [2]), handelt es sich bei der Begebung eines Dispositionspapiers nur um einen Fall der Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, der von der gewöhnlichen bürgerlichen Art dieser Sachenrechtsübertragungsform auch in seinen Wirkungen nicht abweiche. Dieser Theorie haben sich jedoch außer den genannten andere namhafte Schriftsteller nicht zugewandt, und ihr kommt heute keine Bedeutung mehr zu. Mit treffenden Ausführungen sind ihr Heymann [3]) und Pappenheim [4]) entgegengetreten und haben sie im vollen Umfange widerlegt.

Wie die streng-relative Theorie, steht auch die Repräsentationstheorie auf dem Boden des BGB. und läßt von dem leitenden Grundsatz des bürgerlichen Rechts, daß der Erwerb dinglicher Rechte den Erwerb des Besitzes voraussetze, nicht ab. Ihre

[1]) Makower, Komm. z. H.G.B. § 424, II a, S. 1472 ff.

[2]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 345.

[3]) Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 177.

[4]) Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Band 3 S. 369 ff.

Vertreter Düringer-Hachenburg [5]), O. Gierke [6]), Jacobi [7]), Lehmann-Ring [8]), Mittelstein [9]), Schaps [10]), Staub [11]), M. Wolff [12]) u. a., betrachten die Begebung der Dispositionspapiere nur als eine besondere handelsrechtliche, erleichterte Form der Uebertragung von Sachenrechten innerhalb der Grenzen des bürgerlichen Rechts. Die Repräsentationstheorie führt die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere auch auf einen Besitzübergang zurück, der den mittelbaren Besitz zur Grundlage und damit zur Voraussetzung hat, daß der zur Herausgabe Verpflichtete noch den Besitz für den aus dem Papier Berechtigten innehat. Ihr zufolge kann sonach ein Sachenrechtserwerb mittels Dispositionspapiers nur eintreten, solange sich der Papierschuldner im Besitz der Güter befindet und demnach ein Besitzmittlerverhältnis die Unterlage der dinglichen Wirkung des Papiers bildet. Entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut teilt aber die Repräsentationstheorie dem Erwerb dinglicher Rechte durch Indossierung, der sich tatsächlich nur als eine Uebertragung des mittelbaren Besitzes darstellt, dieselben Wirkungen zu, wie einem durch Verschaffung des unmittelbaren Sachbesitzes erfolgten Rechtserwerb. Sie läßt sich dabei von der Annahme leiten, daß die verbrieften Waren durch die Urkunde vermöge der tatsächlichen Unterlagen verkörpert, repräsentiert werden.

Dieser Theorie, welche die herrschende geworden ist, tritt gegenüber die von Brütt, Heymann, Pappenheim u. a. vertretene absolute Theorie [13]). Sie lehnt es ab, die sachenrechtliche Verwendbarkeit der Dispositionspapiere auf die Grundlage der bürgerlichen Sachenrechtsgrundsätze zurückzuführen. Sie hält eine Veränderung in den Besitzverhältnissen an der Ware für unerheblich und stützt die dingliche Rechtswirkung einzig und allein auf die

---

[5]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. H.G.B. III, § 424 Anm. 8 und 9.

[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht in Bindings Handbuch II, 3, Band 2, S. 233.

[7]) Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, § 42, S. 540 ff.

[8]) Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 424, Nr. 10.

[9]) Mittelstein, in Ehrenbergs Handbuch VII, 1 § 30.

[10]) Schaps, Das deutsche Seerecht, Komm. § 647 Anm. 2.

[11]) Staub, Komm. z. H.G.B. III, § 365 Anm. 10, 1 c.
Staub stand ursprünglich auf dem Boden der absoluten Theorie, wendet sich aber jetzt der Repräsentationstheorie zu, „welcher der Sieg — mit Recht — sich zuzuneigen scheine".

[12]) Wolff, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 § 8, Anm. 3, S. 34.

[13]) Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, S. 298.
Heymann, a. a. O., S. 161 ff., 218 ff.
Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 374.

Uebertragung und Innehabung des Papiers. Die Begebung des Papiers und ein entsprechender sachenrechtlicher Uebertragungswille der Parteien führen nach dieser Theorie die beabsichtigte dingliche Wirkung herbei, ohne Rücksicht auf eine Besitzübertragung. „Die Rechtserwerbsfrage ist von der Besitzfrage völlig losgelöst" [14]). In strenger Folgerichtigkeit kommt diese Lehre zu dem Ergebnis, daß „von dem Zeitpunkt ab, wo die Ware übernommen ist, bis zu dem Augenblick, wo sie auf Grund der Papierpräsentation dem Präsentanten ausgehändigt ist", die Uebergabe des Papiers ohne Rücksicht auf die Besitzverhältnisse eine Aenderung der dinglichen Rechtslage herbeiführe [15]). Von ihrem Standpunkt aus hängt also zwischen der Uebernahme der Ware und ihrer Aushändigung die dingliche Wirkung nicht von der Fortdauer des Besitzes des Papierschuldners ab [16]). Ihr zufolge kann daher der legitimierte Papierinhaber auch dann dingliche Rechte erwerben, wenn die Güter sich nicht mehr im Besitz des Schiffers, Frachtführers oder Lagerhalters befinden, sofern nur kein gutgläubiger Dritter das Eigentum an der Ware erworben hat.

Einen Beweis für diese Folgerung sieht Heymann [17]) in einer positiven Einzelbestimmung, in § 648 HGB., welcher das Verhältnis mehrerer legitimierter Inhaber von Konnossementsexemplaren nach Auslieferung der Güter an einen von ihnen gemäß § 645 HGB. regelt. § 648 HGB. bestimmt, daß ein anderer Konnossementsinhaber sich nicht zum Nachteil des Prävenienten auf die dingliche Wirkung des § 647 HGB. berufen könne. Der andere Konnossementsinhaber kann also nicht etwa geltend machen, daß er ein älteres und besseres Recht an den ausgelieferten Gütern habe. Das Gesetz schließt, falls die Aushändigung auf die Vorlegung eines von mehreren Konnossementen hin geschah, ehe der besser Berechtigte die Auslieferung des Gutes an sich forderte, das ältere und bessere Recht durch Prävention aus, aber nur dann, wenn der andere Konnossementsinhaber sich auf ein Recht beruft, das dem Recht des Prävenienten widerstreitet. Beansprucht der Empfänger der Güter nur ein Pfandrecht und der andere Konnossementsinhaber ein damit verträgliches Recht, z. B. ein weiteres Pfandrecht oder das Eigentum, so gehen diese Rechte trotz der Aushändigung der Ware an den Prävenienten nicht unter und können immer noch geltend gemacht werden, wenn beispielsweise das Pfandrecht des

[14]) Heymann, a. a. O., S. 161.
[15]) Heymann, a. a. O., S. 166.
[16]) Heymann, a. a. O., S. 230.
[17]) Heymann, a. a. O., S. 229 f.

Präveníenten erlischt. Daran anschließend nimmt Heymann an, daß diese Rechte der anderen Konnossementsinhaber auch dann, wenn der Schiffer durch die Aushändigung sich des Besitzes an den Gütern begeben hat, noch mittels Konnossements übertragen werden könnten[18]). Auf Grund dieser Annahme ist dann allerdings die Schlußfolgerung begründet, daß die Konnossementsbegebung noch dingliche Wirkung äußere, auch wenn der Besitz des Schiffers nicht mehr fortdauert.

Für diese Annahme bietet aber § 648 HGB. keine Stütze. Denn die genannte Bestimmung besagt nur, daß ein einmal begründetes, nicht widerstreitendes Recht weiterbestehe und nur nicht zum Nachteil des Präveníenten geltend gemacht werden könne. Sie spricht aber nichts davon, wie nach Auslieferung der Ware an den Präveníenten ein solches Recht weiter übertragen und belastet werden kann[19]). Sie gibt keinen Anhaltspunkt für die Aufstellung des Satzes: „Solange diese Rechte der anderen Konnossementsinhaber hienach noch Bedeutung haben, können sie auch noch nach Aushändigung an den Präveníenten mittels Konnossements übertragen werden." Ein solcher Satz würde übrigens auch dem Sinn und Zweck der Ausstellung eines Konnossements widersprechen. Denn dadurch sollte doch die Umsatzfähigkeit und Beweglichkeit des Gutes, während es auf dem Schiff festgelegt ist, weiterhin erhalten bleiben, wie wenn das Gut nicht an das Schiff gebunden wäre. Ist aber das Schiff in seinem Bestimmungshafen angekommen und wurde die auf dem Schiff verladene Ware einem berechtigten Konnossementsinhaber ausgehändigt, so fällt damit der Zweck des Konnossementsinstituts weg. Das Gut hat seine Bindung an das Schiff gelöst und seine ursprüngliche Beweglichkeit wieder erlangt. Es können dann, wie vor der Uebernahme auf das Schiff, nur die allgemeinen bürgerlichen Grundsätze für seine Uebertragung und Belastung Anwendung finden, während kein Raum mehr für eine Rechtsübertragung mittels Begebung des Konnossements vorhanden ist. Heymann begeht also den Fehler, daß er auf § 648 HGB. einen Satz aufbaut, der in dieser Bestimmung nicht enthalten ist, und aus dem von ihm irrtümlich aufgestellten Satz die Schlußfolgerung herleitet, daß die dingliche Wirkung des Konnossements von dem Besitz des Schiffers unabhängig sei.

[18]) Dieser Annahme stimmt Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 86, ohne weiteres zu, indem er nur hinzufügt, daß damit noch nicht widerlegt sei, daß die Rechte der Konnossementsinhaber nicht auf einem mittelbaren Besitz beruhen; denn in dem angenommenen Beispiel sei eben Besitzmittler nicht mehr der Schiffer, sondern der Pfandgläubiger.

[19]) M. Wolff, in Z.H.R., Band 58, S. 622.

Der Theorie Heymanns kann nicht gefolgt werden. Sie führt durch die Freistellung des Rechtserwerbs vom Erwerb des Besitzes zu unbefriedigenden Ergebnissen, die sie allerdings durch Einfügung von Ausnahmen in ihren Grundsatz auszuschalten versucht, indem sie eine Durchbrechung der absoluten Wirkung beim Erwerb der verbrieften Ware durch körperliche Uebergabe seitens eines gutgläubigen Dritten zuläßt [20]). Schließlich ergibt sich auch aus dem Gesetz selbst, daß der Fortbestand der sachenrechtlichen Verwendbarkeit eines Dispositionspapiers von einer besitzrechtlichen Grundlage abhängt; die gegenteilige Meinung kann mithin nicht nur aus dem Gesetz nicht bewiesen werden, sondern sie verstößt sogar gegen Sinn und Wortlaut des Gesetzes.

Diese Abhängigkeit beweist Pappenheim [21]) ebenfalls aus einer positiven Einzelbestimmung, nämlich aus der unmittelbar vorhergehenden Vorschrift, dem § 647 HGB. Er weist darauf hin, daß diese Vorschrift einen deutlichen Fingerzeig für die Abhängigkeit der dinglichen Wirkung von der Fortdauer des Besitzes des Schiffers gebe. Das Gesetz verleihe dem Konnossement nicht bereits mit der Entstehung der Konnossementsschuld, die auch schon vor der Uebernahme durch Begebung des Konnossements begründet werden könne, die ihm eigene Rechtskraft, sondern erst von der Uebernahme der Güter an. Zur Konnossementsforderung müsse also eine Sachlage hinzutreten, die dem Konnossementsinhaber sichere Aussicht gebe, die vom Papierschuldner übernommenen Güter ausgehändigt zu bekommen. § 647 HGB. rechtfertige somit den Schluß, daß dem Konnossement dingliche Kraft nur zukomme, solange diese Sachlage bestehe d. h. nur während der Dauer des vermittelnden Besitzes des Konnossementsschuldners.

Das Gleiche gilt natürlich für den Lagerschein auf grund des § 424 HGB. und für den Ladeschein auf grund des § 450 HGB. Es ist danach für alle Dispositionspapiere die Uebernahme der Waren durch den Papieraussteller und damit die Begründung eines Besitzmittlerverhältnisses vom Gesetz als Voraussetzung für die Entstehung der dinglichen Wirkung aufgestellt. Daraus kann mit Recht geschlossen werden, daß das Gesetz auch für das Weiterbestehen dieser Wirkung fordert, daß der Besitz des zur Herausgabe Verpflichteten und auf grund dessen der mittelbare Besitz des Papierberechtigten fortdauert.

---

[20]) Heymann, a. a. O., S. 166, 215, 228; ebenso Brütt, a. a. O., S. 298. Vgl. unten S. 15.

[21]) Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Band 3, S. 348.

Verbindet man, wie Pappenheim [22]), mit der absoluten Theorie das Erfordernis des fortdauernden Besitzes des Papierausstellers, so ist ein Unterschied zwischen ihr und der Repräsentationstheorie kaum mehr erkennbar. Wenn damit auch noch nicht die eigenartige Erscheinung der handelsrechtlichen Dispositionspapiere mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze des BGB. erklärt und in der Begebung eines Dispositionspapiers immer noch eine selbständige, neben der Besitzübertragung stehende, besondere Form des Erwerbs von Sachenrechten erblickt wird, so muß man doch schon auf eine Aenderung in den Besitzverhältnissen des zur Herausgabe Verpflichteten Rücksicht nehmen. Bei dieser Sachlage läuft aber die ganze Streitfrage nur noch auf eine Prinzipienfrage hinaus; in Voraussetzungen und Wirkungen sind beide Theorien sich gleich. Diese Gleichheit tritt auch bei der Behandlung der im Thema gestellten Frage zutage, indem dort Pappenheim im Gegensatz zu Heymann wieder zu demselben Ergebnis gelangt, wie die Repräsentationstheorie. Ist es jedoch möglich, den Grundgedanken einer Rechtsform auf die in den übrigen Rechtsformen zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Grundsätze zurückzuführen, so ist kein Grund einzusehen, warum diese Möglichkeit nicht ausgenützt werden soll. Solange ein Zurückgehen auf die allgemeinen Grundsätze, die der gleichen Aufgabe dienen, zu keinen unerträglichen Ergebnissen führt, besteht kein Anlaß, eine besondere Konstruktionsform zu verwenden, selbst wenn diese in einem früheren Rechtszustand eine Stütze finden könnte.

Es gebührt daher entschieden der Repräsentationstheorie der Vorzug. Durch sie wird das Dinglichkeitsprinzip der Dispositionspapiere unter Zurückgreifen auf die allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften mit angemessenen und vollauf befriedigenden Ergebnissen erklärt. Sie vermag alle auftauchenden Fragen ebenso gut, ja besser als die absolute Theorie zu lösen. Ihr Aufbau und ihre Grundsätze sind einfach, klar und übersichtlich. Sie entspricht am meisten der Anschauung des Verkehrs, der das Papier wie die Ware selbst wertet, und sie wird den Anforderungen, welche die Handelswelt an die Dispositionspapiere und ihre sachenrechtliche Wirksamkeit stellt, am besten gerecht. Für sie spricht die geschichtliche Entwicklung, indem sie auf die Lehre der symbolischen Tradition zurückgeht, welche in gleicher Weise das Papier an die Stelle der Ware treten ließ und seiner Begebung dingliche Wirkung zusprach. Allerdings beruft sich auch die absolute Theorie auf die geschichtliche

[22]) Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 348 mit S. 374.

Entwicklung und greift dabei auf das alte deutschrechtliche Institut der traditio cartae zurück, die von dem Bestehen eines Besitzverhältnisse unabhängig war[23]). Doch soll ein Rechtsinstitut des geltenden Rechts aus seiner geschichtlichen Entwicklung erklärt werden, so sind in erster Linie Schlüsse aus dem seiner Entstehung unmittelbar voraufgehenden Rechtszustand zu ziehen. Nur bei Vorliegen besonderer darauf hinweisender Tatsachen kann zum Ausgangspunkt der Entwicklung zurückgekehrt werden. Die geschichtliche Erklärung der dinglichen Rechtskraft der Dispositionspapiere aber, wie sie von der absoluten Theorie gegeben wird, wirkt wie ein jäher Abbruch des geschichtlichen Zusammenhangs[24]). Schließlich liegt eine gesetzliche Bestätigung dieser Theorie in den §§ 424, 450, 647 HGB. selbst, welche die Annahme rechtfertigen, daß für die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere der vermittelnde Besitz des Papierschuldners und somit eine besitzrechtliche Grundlage erforderlich ist. Die Repräsentationstheorie ist in der Wissenschaft auch herrschend und findet in der Rechtsprechung[25]) durchweg Anerkennung.

§ 2.

Der unmittelbare Besitz als Mittel zur Uebertragung von Sachenrechten an den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.

Bei der Frage, ob für die durch Dispositionspapiere verbrieften Waren neben der handelsrechtlichen Rechtsübertragungsform, der Papierbegebung, auch die übrigen Uebertragungsformen des bürgerlichen Rechts Anwendung finden können, gelangt die absolute Theorie in folgerichtiger Durchführung zu einer Verneinung, indem sie die Papierbegebung für das einzig mögliche Mittel der Bestellung von Sachenrechten erklärt und die Besitzübertragung als Rechtsübertragungsmittel für ausgeschlossen hält. Allerdings macht auch hier Pappenheim als Vertreter der absoluten Theorie wieder eine Ausnahme und vertritt die gegenteilige Auffassung, indem er die Besitzverschaffung als gleichwertige Rechtsübertragungsart neben die der Urkundenbegebung stellt[1]). Vom Standpunkt der Repräsentationstheorie aus, nach welcher mit der Papierbegebung zugleich

[23]) Heymann, a. a. O., S. 189—218.
[24]) M. Wolff, in Z.H.R., Band 58, S. 622.
[25]) R.G.E. Bd. 89, S. 41, und Bd. 104, S. 411.
[1]) Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Band 3, S. 359.

ein Besitzübergang verbunden ist, wäre es dagegen willkürlich und seltsam zu behaupten, die Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts sei nicht statthaft.

Obwohl die Frage in der Literatur keine einheitliche Beantwortung findet, wurde sie doch in eingehender Weise nur von Heymann [2]), dessen Ausführungen Jacobi [3]) widersprach, und von Pappenheim, der ebenfalls einen Heymann entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, behandelt. Die übrigen in Betracht kommenden Schriftsteller haben im allgemeinen nur kurz durch Aufstellung eines ihrer Ansicht entsprechenden Satzes, ohne ausführlicher auf die Frage einzugehen und ihre Ansicht näher zu begründen, sich für oder gegen die ausschließliche sachenrechtliche Legitimationskraft des Dispositionspapiers geäußert.

Von den verschiedenen bürgerlichrechtlichen Mitteln zur Begründung und Uebertragung von Sachenrechten sei im folgenden zuerst der Fall der körperlichen Uebergabe im Hinblick auf die gestellte Frage geprüft. Hier wollen wir zunächst die Schriftsteller, welche die uns interessierende Frage verneinen, zu Wort kommen lassen. An erster Stelle ist dabei E. Heymann mit seiner schon so vielfach zitierten Schrift zu nennen.

Heymann nimmt an, daß, wenn das Gut übernommen ist, als Mittel für die Bestellung dinglicher Rechte am Gute die Begebung des Dispositionspapiers und nur diese in Betracht komme, und vertritt die Ansicht, daß die übrigen nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts vorhandenen Sachenrechtsübertragungsmittel durch die Ausstellung eines Dispositionspapiers ausgeschaltet seien. Diese Wirkung der Dispositionspapiere und ihre Ausschließlichkeit leitet er aus der „Präsentationsqualität" dieser Papiere ab. Darunter versteht Heymann die der Wertpapiernatur entspringende Eigenschaft, daß der zur Herausgabe Verpflichtete die Waren nur gegen Rückgabe des Scheins an den durch das Papier Legitimierten herausgeben darf. Heymann führt aus [4]): Ist ein Dispositionspapier ausgegeben, so kann die Ware von dem Papierschuldner nur gegen Rückgabe des Scheins zurückerlangt werden. Da jener nur gegen Rückgabe des Scheins die Ware ausliefert, muß der Erwerber den Besitz am Papier erlangen, denn nur der Besitzer des Papiers kann Rechte an der Ware geltend machen. „Nur wer das Papier

[2]) Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 214 ff.
[3]) Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 80 f.
[4]) Heymann, a. a. O., S. 214.

hat, kann Rechte an der Ware übertragen, nur wer es erwirbt, kann solche Rechte erwerben und verfolgen." Wenn es daher selbst dem Eigentümer der Ware verwehrt ist, ohne Rückgabe des Scheins sich den unmittelbaren Besitz an der Ware zu verschaffen, so ist es erst recht ausgeschlossen, daß er den Besitz und dingliche Rechte an der Ware ohne Papierübergabe auf einen Dritten übertragen kann. Erst infolge der „Präsentationsqualität" hält Heymann das Papier für geeignet, ein Surrogat der Tradition zu sein. Mit der „Präsentationsqualität" gelangt Heymann aber auch zugleich zu einer völligen Ausschaltung des Besitzes als Legitimationsmittels. „Von dem Zeitpunkt an, wo die Ware in die Hand des Schiffers gekommen, von ihm übernommen ist, ist eine rechtmäßige Veräußerung und Belastung mittels bloßer Besitztradition ausgeschlossen, diese ist als selbständiges, sachenrechtliches Legitimationsmittel ausgeschaltet."

Der Ansicht Heymanns zufolge erscheint also bei den Dispositionspapieren anstelle des Besitzes das Papier als das nach außen erkennbare Verhältnis einer Person zu einer Sache. Während nach dem bürgerlichen Recht die Besitzverschaffung die Tatsache darstellt, durch welche das an der Sache begründete Recht für Dritte klargestellt wird, wird allerdings bei verbrieften Waren dieser Zweck in der Regel durch die Begebung der Urkunde erreicht. Heymann geht aber in seiner Ansicht zu weit, wenn er hiebei gleich die Papierbegebung zu der alleinigen, der Publizität eines Sachenrechts dienenden Tatsache erklärt.

Es ist allerdings richtig, wenn Heymann sagt, daß das Papier das einzige und alleinige Legitimationsmittel dem Schuldner gegenüber sei, um sich als Berechtigten auszuweisen und die Aushändigung der Ware zu erlangen. Denn der Papierschuldner ist berechtigt und verpflichtet, nur den durch das Papier Legitimierten, der ihm die Urkunde zurückzugeben imstande ist, als den sachenrechtlich Berechtigten an der Ware zu behandeln. Dem *Schuldner* gegenüber ist also ohne allen Zweifel das Papier das ausschließliche Legitimationsmittel. Daß aber einem *Dritten* gegenüber das Papier ebenfalls das ausschließliche Legitimationsmittel und der Besitz als solches ausgeschaltet sein soll, kann sich nicht als eine weitere Folge aus der Wertpapiernatur, insbesondere der „Präsentationsqualität" der Dispositionspapiere ergeben. Wohl ist der Besitzer eines ihn als Berechtigten bezeichnenden Papiers auch einem Dritten gegenüber als Eigentümer der verbrieften Ware legitimiert, doch kann daraus *die* Schlußfolgerung nicht gezogen werden, daß, wer die verbriefte *Ware* im unmittelbaren Besitz hat,

durch deren körperlichen Besitz einem Dritten gegenüber nicht ebenso als Eigentümer legitimiert sein könne. Eine solche Folgerung würde übrigens nichts anderes bedeuten, als daß die Vermutung des § 1006 BGB., daß der Besitzer einer beweglichen Sache der Eigentümer der Sache sei, für den Besitzer einer verbrieften Ware keine Geltung hätte. Um einem Schluß von solcher Tragweite zuzustimmen, fehlt es aber an einem durchgreifenden Grund. Jedenfalls können so wichtige Gründe für die Ausschließlichkeit der Dispositionspapiere hinsichtlich ihrer dinglichen Wirkung nicht vorgebracht werden, daß eine Ausnahme von der genannten Gesetzesvorschrift gerechtfertigt wäre. Es kann ohne eine strenge, unmißverständliche Weisung des Gesetzgebers nicht zugegeben werden, daß dem Papier eine so starke Bedeutung beigelegt wird, daß sich ein Dritter nicht mehr auf die Tatsache des Besitzes eines an ihn Veräußernden oder Verpfändenden verlassen könnte. Heymann sieht sich daher auch veranlaßt, den von ihm aufgestellten Satz wieder abzuschwächen, indem er wenigstens zugunsten eines redlichen Dritten, der durch körperliche Uebergabe ein dingliches Recht am Gute erwirbt, dem Besitz seine sachenrechtliche Legitimation beläßt. Diese Einschränkung, bei der also Heymann doch auf das bürgerliche Recht zurückgreifen muß, fügt er auf dem Umweg einer Ausnahme seiner Theorie ein. Darauf, wie diese Ausnahme zu bewerten ist, kommen wir weiter unten bei der Begründung der hier vertretenen gegenteiligen Meinung noch näher zu sprechen.

Der Ansicht Heymanns ist Jacobi entgegengetreten mit dem Hinweis, daß die „Präsentationsqualität" mit der dinglichen Wirkung der Dispositionspapiere in keinem Zusammenhang stehe [5]). Der Grund für die dingliche Wirkung sei nicht in der aus der Wertpapiernatur sich ergebenden Eigenschaft dieser Papiere als „Präsentationspapiere" zu suchen, sondern in dem durch die Papierübergabe begründeten Besitzverhältnisses. „Die Besitztradition hat nicht aufgehört selbständiges Legitimationsmittel zu sein, denn, wie Heymann auch nicht verkennt, ist der Schiffer durch den Sachbesitz als Berechtigter legitimiert. Also das Papier stellt keineswegs das einzige Legitimationsmittel dar."

In den beiden gerade entgegengesetzten Ansichten von Heymann und Jacobi spiegelt sich deutlich der Gegensatz in der Auffassung der dinglichen Wirkung der Dispositionspapiere, der notwendigerweise auch eine verschiedene Beantwortung der Ausschließlichkeit dieser Wirkung der Papiere mit sich führt. Heymann als Vertreter der

[5]) Jacobi, a. a. O., S. 80 f., 86.

absoluten Theorie stellt die dingliche Wirkung unabhängig von dem Besitzverhältnis und erklärt sie aus einer Eigenschaft der Dispositionspapiere als Wertpapiere. Er hält in strenger Folgerichtigkeit mithin das Papier für das ausschließliche sachenrechtliche Legitimationsmittel und schließt den Besitz als solches, jedenfalls grundsätzlich, aus. Jacobi dagegen führt als Vertreter der Repräsentationstheorie die dingliche Wirkung auf eine Besitzgrundlage zurück und kann somit dem Besitz die ihm eigentümliche Legitimationskraft nicht versagen. Bei dieser Gegenüberstellung ist demnach genau ersichtlich, wie bereits die Erklärung der dinglichen Wirkung der Dispositionspapiere zu einer verschiedenen Beantwortung der gestellten Frage zwingt.

Auf derselben Linie wie die Ausführungen Heymanns bewegen sich die von O. Chr. Fischer, der auch feststellt, daß nach der Ausstellung eines Lagerscheins nur mit seiner Hilfe dingliche Rechte an der Ware erworben werden können, und gleichfalls die Ausschließlichkeit des Papiers aus dessen Präsentationscharakter erklärt [6]).

Auch Kempner [7]) teilt die Ansicht Heymanns und will für die Ausschließlichkeit der Dispositionspapiere einen strikten Beweis durch einen geschichtlichen Rückblick auf die Entstehung des Besitzes und die ihm zugewiesenen Aufgaben liefern. Er führt unter Anlehnung an H. Meyer [8]) und Wellspacher [9]) aus: Der Besitz an beweglichen Sachen äußert heute noch die Wirkungen des alten germanischen Rechtsinstituts der Gewere, die den Ausgangspunkt sämtlicher Erscheinungen des Publizitätsprinzips, d. h. des Grundsatzes des rechtlichen Schutzes der nach außen sinnfällig in die Erscheinung tretenden Verhältnisse darstellt, und aus der sich die verschiedenen Arten dieses Prinzips allmählich entwickelt haben. Der Besitz ist danach die natürliche Publizitätsform im Gegensatz zu den anderen, die man künstliche Publizitätsformen nennen kann. Von den letzteren entwickelte sich als erste die Grundbucheintragung im Liegenschaftsrecht, und in ständiger Entwicklung haben sich bald weitere solche „künstliche äußere Tatbestände", so z. B. das Vereins- und Heiratsregister, der Erbschein und schließlich die handelsrechtlichen Dispositionspa-

[6]) O. Chr. Fischer, Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs, S. 290.
[7]) Kempner, Die Besonderheiten der Verpfändung mittels Lagerscheins gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung, S. 36 ff.
[8]) Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im bürgerl. Recht.
[9]) Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht.

piere herausgebildet. Was der Besitz für das Fahrnisrecht, ist der Grundbucheintrag für das Liegenschaftsrecht, wo der Besitz als sachenrechtliches Legitimationsmittel gänzlich ausgeschaltet ist. Kempner zieht daraus, daß der Besitz wie das Dispositionspapier, die natürliche wie die künstliche Publizitätsform, demselben Grundgedanken, nämlich, bestehende, an sich unsichtbare Rechtsverhältnisse nach außen klarzustellen, entsprungen sind, und daraus, daß sie diesem Grundgedanken heute noch dienen, kurzerhand den Schluß, daß „beide nebeneinander überflüssig seien und sich in ihrer Eigenschaft als Legitimationsmittel gegenseitig ausschließen". Daran anschließend fährt er in seiner Begründung weiter [10]): „Ebenso wie bei Grundstücken der Besitz nicht mehr Publizitätsform ist, so kann er es auch nicht bei den Waren sein, über die ein Lagerschein ausgestellt ist. Und ebenso wie eine Grundstücksverpfändung oder die eines ins Schiffsregister eingetragenen Schiffes rechtlich unwirksam ist, wenn sie nur nach den Grundsätzen der Fahrnisverpfändung ohne Eintragung ins Grundbuch oder Schiffsregister vorgenommen wird, so ist es auch eine Verpfändung von Waren, über die ein Lagerschein ausgestellt ist." Kempner will somit das, was für das Liegenschaftsrecht und die Verpfändung eines ins Schiffsregister eingetragenen Schiffes gilt, nämlich den Ausschluß der natürlichen Publizitätsform, ohne weiteres auf das Recht der durch ein Dispositionspapier verbrieften Waren übertragen.

Es kann aber zunächst einmal nicht zugegeben werden, daß von zwei verschiedenen Rechtsformen schon um deswillen, weil sie demselben Zweck dienen, die eine von ihnen ausgeschlossen sein müsse. Das Recht kann, ohne daß daran Anstoß genommen werden müßte, zur Verwirklichung eines und desselben Zweckes sich mehrerer Rechtsformen bedienen, die gleichwertig nebeneinander zur Anwendung kommen können. Solange keine gesetzliche Bestimmung eine von mehreren, nebeneinander verwendbaren Formen ausschaltet, und solange durch die Zulassung verschiedener Rechtsformen zur Erreichung des gleichen Rechtserfolges die Rechts- und Verkehrssicherheit und die Interessen der Beteiligten nicht beeinträchtigt werden, spricht eine Vermutung für ihre Gleichstellung. Sodann ist hervorzuheben, daß wir gerade solch eine gesetzliche Vorschrift im geltenden Recht für den Liegenschaftsverkehr und für die Verpfändung der ins Schiffsregister eingetragenen Schiffe vorfinden. Hier verlangt das Gesetz ausdrücklich für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte die Eintragung in das Grundbuch oder Schiffsregister, es schließt also absichtlich die na-

[10]) Kempner, a. a. O., S. 40.

türliche Publizitätsform aus und legt die Ausschließlichkeit der künstlichen fest. Dafür aber, daß das Dispositionspapier das ausschließliche sachenrechtliche Legitimationsmittel und auch hier die natürliche Publizitätsform zugunsten der künstlichen ausgeschaltet sei, läßt sich im Gesetz eine Stütze nicht finden. Daß schließlich durch die Zulassung des unmittelbaren Besitzes als sachenrechtlichen Legitimationsmittels neben dem Papier eine Unsicherheit in den Verkehr mit verbrieften Waren hineingetragen werde, kann nicht behauptet werden. Vielmehr verlangen gerade die Interessen des Verkehrs, daß dem Erwerb von Sachenrechten an verbrieften Waren nicht weniger Uebertragungsformen zu Gebote stehen als der Bestellung dinglicher Rechte an einer nicht in einem Dispositionspapier verbrieften Sache. Es erscheint mir daher die Beweisführung von Kempner als nicht gelungen.

Wie steht es nun mit den Vertretern der gegenteiligen Meinung?

Wie bereits erwähnt, gehören hierher Jacobi und Pappenheim, die sich für die sachenrechtliche Legitimationskraft des unmittelbaren Besitzes neben dem Papier aussprechen. Ebenso nimmt Staub an[11]), daß die Frage, ob auch einer körperlichen Uebergabe der Ware nach Ausstellung eines Dispositionspapiers noch dingliche Wirkung zukomme, zu bejahen sei. Hiefür setzt sich weiter K. Lehmann ein[12]), indem er sagt, daß ein Dritterwerber des Gutes, der nach allgemeinen Grundsätzen durch reale Tradition Eigentümer geworden sei, dem Erwerber des Scheins vorgehe. Auch Schaps scheint dieser Ansicht zu sein[13]). Er begründet seine Ablehnung der absoluten Theorie unter anderem damit, „weil sie zu dem unmöglichen Ergebnis führen müsse, daß der Konnossementserwerber einem gutgläubigen Dritten, dem das Gut zwecks Uebertragung von Eigentum oder Bestellung dinglicher Rechte körperlich übergeben worden sei, vorgehe, ein Fall, den Heymann und Brütt[14]) ausnehmen wollen". Aus diesem Satz ist der Schluß ohne weiteres statthaft, daß Schaps sich mit dem Erwerb eines gutgläubigen Dritten durch körperliche Uebergabe einverstanden erklärt. Es läßt sich daraus aber noch weiterhin schließen, daß Schaps die Legitimationskraft des unmittelbaren Besitzes nicht nur als eine Ausnahme, wie Heymann u. Brütt, betrachtet wissen will. Ferner kann Makower

[11]) Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 365 Anm. 10, 3, a.
[12]) Lehmann-Ring, Kommentar z. H.G.B. § 424 Nr. 7, S. 303.
[13]) Schaps, Das deutsche Seerecht, Komm., § 647 Anm. 2.
[14]) Heymann, a. a. O., S. 215.
Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, S. 298.

als Verfechter der streng-relativen Theorie der körperlichen Uebergabe nicht die dingliche Wirkung absprechen, nachdem er bereits der regelmäßigen Uebertragungsart, der Begebung des Papiers, nur die Bedeutung und die Wirkungen einer bürgerlich-rechtlichen Abtretung des Herausgabeanspruchs beimißt, die ja nur ein Ersatzmittel der körperlichen Uebergabe ist. Makower führt daher aus [15]): „Wird das Gut, über welches ein Verfügungspapier ausgestellt ist, durch einen Nichtberechtigten, z. B. den Aussteller des Verfügungspapiers, an einen Dritten ohne Rücksicht auf das Papier veräußert, so hindert das Vorhandensein eines Papierberechtigten nicht den etwaigen Eigentumserwerb des Dritten vom Nichtberechtigten. Es sind vielmehr die gewöhnlichen Regeln über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten maßgebend." Sodann wird man auch Noethling hieher zählen können, der sich folgendermaßen äußert [16]): „Der unmittelbare Besitz der Sache wird selbstverständlich von der Urkunde nicht miteingeschlossen; nur der mittelbare Besitz und die Abtretung des Herausgabeanspruchs als vom B.G.B. für den Rechtserwerb an einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache genannte Mittel werden durch die Ausstellung des Dispositionspapiers derart mit der Urkunde verbunden, daß die Uebertragung derselben nur mittels Urkundenbegebung möglich ist." Danach scheint Noethling gleichfalls der Ansicht zu sein, daß die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes neben der Urkundenbegebung statthaft ist und nur die bürgerlichen Uebertragungsformen, welche der Uebertragung einer nur im mittelbaren Besitz des Veräußerers oder Verpfänders befindlichen Sache dienen, nach der Ausstellung eines Dispositionspapiers ausgeschlossen sein sollen.

Schließlich sind es nicht nur Zeugnisse der Rechtsliteratur, die sich für die Anerkennung des unmittelbaren Besitzes als Rechtsübertragungsmittels neben dem Papier aussprechen; vielmehr stellt sich auch das Reichsgericht auf diesen den Interessen des Verkehrs allein dienlichen Standpunkt. So äußert sich das Reichsgericht mit klaren Worten [17]): „Ein Grundsatz, wonach die Ausschließlichkeit der Uebertragung des Eigentums in der Begebung des indossierten Ladescheins liegt, ist weder aus § 450 H.G.B. noch aus einer sonstigen gesetzlichen Vorschrift abzuleiten."

---

15) Makower, Kommentar z. H.G.B. § 424, II, b, 3, S. 1476.

16) Noethling, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere S. 56.

17) R.G.E., Band 119, S. 215.

Der zuletzt dargelegten, die aufgeworfene Frage bejahenden Ansicht ist beizustimmen. Von dem oben eingenommenen Standpunkt aus, wo wir die absolute Theorie abgelehnt haben, kommen wir ohne weiteres zu diesem Ergebnis. Zuzugeben ist freilich, daß die Uebertragung dinglicher Rechte durch Papierbegebung als die eigentliche Regel nach Ausstellung von Dispositionspapieren anzusehen ist. Denn ohne Besitz des Scheins kann der Erwerber seine Rechte dem Papierschuldner gegenüber nicht verfolgen, und ohne Besitz des Papiers ist er nicht vor der Gefahr sicher, daß seine Rechte durch anderweitige Begebung des Papiers beeinträchtigt oder vereitelt werden. Das zwingt aber nicht zu dem Schluß, daß neben der allgemein geübten Uebertragungsform die anderen nach den bürgerlichen Regeln zulässigen Uebertragungsarten unstatthaft seien. Der Gesetzgeber war zwar bei den verbrieften Waren, wenn er trotz ihrer Bindung an einen bestimmten Ort ihre Umlaufsfähigkeit im Handelsverkehr gewährleisten wollte, genötigt, einen Weg zu suchen, auf dem ohne körperliche Uebergabe dieselben dinglichen Wirkungen zu erreichen waren, wie sonst durch die unmittelbare Uebergabe des Gutes. Dies war auch allein der Zweck, warum den Dispositionspapieren die dingliche Wirkung beigelegt wurde; es sollte die Bestellung von Sachenrechten an verbrieften Waren durch diese besondere handelsrechtliche Uebertragungsart erleichtert werden. Damit sollten aber nicht die bürgerlichen Uebertragungsformen ausgeschlossen und der neue Weg zum alleinigen gemacht werden.

Die Begebung des Papiers bietet zwar in vollem Umfang Ersatz für den Erwerb des körperlichen Besitzes an der Ware, aber sie verdrängt die körperliche Uebergabe nicht aus der Reihe der verschiedenen Rechtsübertragungsformen. Vielmehr muß die körperliche Uebergabe helfend und ergänzend eingreifen, namentlich zugunsten gutgläubiger Dritter, was auch Heymann, wie wir unten sehen werden, nicht verkennt. Ein vollständiger Ausschluß des unmittelbaren Besitzes als Rechtsübertragungsmittels würde auch eine zu starke Verletzung der geltenden Grundsätze über die Sachenrechtsübertragung bedeuten. Es kann mit Recht angenommen werden, daß der Gesetzgeber über eine solch einschneidende Ausnahme von den allgemeinen Regeln nicht stillschweigend hinweggegangen wäre, und man muß unbedingt sagen, daß die ausschließliche Rechtsübertragungsfähigkeit der Dispositionspapiere besonderer gesetzlicher Anerkennung bedurft hätte. Sie kann auch nicht leichthin durch eine Auslegung, die sich in keiner Weise auf das Gesetz stützen kann, in dieses hineingedeutet werden. Eine gesetzliche Grundlage für die Ausschließlichkeit finden wir beispielsweise im

österreichischen Lagerhausgesetz [18]), das in seinem § 23,2 bestimmte, daß, wenn ein Lagerschein ausgestellt ist, die Uebergabe der Ware in anderer Weise als durch Uebergabe des indossierten Papiers nicht stattfinden könne. Doch trotz dieser ausdrücklichen Gesetzesvorschrift blieb es in Oesterreich nicht einmal zweifelsfrei, ob nicht dennoch die körperliche Uebergabe der verbrieften Ware auch nach Ausstellung eines Lagerscheins zur Bestellung von Sachenrechten weiterhin geeignet sei. So behauptete K. Adler kurzerhand, daß diese Bestimmung als nicht vorhanden zu betrachten sei, und erklärte die körperliche Uebergabe für zulässig [19]). Wir sehen also bei diesem Beispiel, wie sich selbst gegen eine gesetzlich anerkannte Ausschließlichkeit der dinglichen Rechtskraft die Rechtswissenschaft im Interesse der tatsächlichen Bedürfnisse des Handelsverkehrs gewandt hat [20]).

Gerade die Interessenlage ist es auch, welche die Bejahung der aufgeworfenen Frage unter allen Umständen fordert und zugleich rechtfertigt. Denn bei der Frage, ob das Handelsgesetzbuch mit der von ihm festgelegten dinglichen Kraft der Dispositionspapiere diese sogleich zum ausschließlichen sachenrechtlichen Legitimationsmittel machen wollte, dürfen die wirtschaftlichen Interessen, denen das Handelsrecht dienen will, und die von ausschlaggebender Bedeutung sind, nicht unberücksichtigt bleiben. Es ist außer Zweifel, daß das Gesetz mit der dinglichen Wirkung eine den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechende Regelung treffen wollte. Eine gleichzeitige Verdrängung des Besitzes als Legitimationsmittels und damit der bürgerlichen Uebertragungsformen würde aber gerade eine schwere Verletzung der Verkehrsinteressen bedeuten. Denn der allgemeine Handelsverkehr verlangt bei der Mannigfaltigkeit und Vielseitigkeit seiner Beziehungen eine Gleichstellung der bürgerlichen Rechtsübertragungsformen mit der besonderen handelsrechtlichen. Ferner entspricht allein die Gleichstellung dem Interesse der Beteiligten, das daran besteht, daß auch bei einer verbrieften Ware der Besitz in gleicher Weise dingliche Rechte verschaffe, wie bei einer unverbrieften Sache. Der Erwerber des unmittelbaren Besitzes an einer verbrieften Ware kann nicht schlechter gestellt sein, als wenn

---

18) Gesetz vom 28. April 1889 betreffend die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Lagerhäuser und die von denselben ausgestellten Lagerscheine.
Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, § 42, Anm. 38, S. 547.
Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 359.
Rießer, in Z.H.R. Band 39, S. 276.

19) Adler, Das österreichische Lagerhausrecht, S. 172.

20) Vgl. auch Rießer, in Z.H.R., Band 39, S. 276.

ihm eine unverbriefte Sache körperlich übergeben wird. Es ist nicht denkbar, daß der unmittelbare Besitz als das zuverlässigere sachenrechtliche Legitimationsmittel vom Papier voll und ganz auf die Seite gedrängt wurde. Die Betrachtung der Interessenlage führt sonach mit Notwendigkeit zu einer Zulassung der bürgerlichen Sachenrechtsübertragungsformen, namentlich des unmittelbaren Besitzes, neben der Begebung des Papiers.

Dies ergibt übrigens, was nicht übersehen werden darf, selbst der Wortlaut der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften in eindeutiger Weise. Denn diese normieren nur eine Gleichstellung der Papierbegebung mit der körperlichen Uebergabe und geben für eine Ausschließlichkeit der Uebergabe des Papiers hinsichtlich der sachenrechtlichen Wirkungen keinen Anhaltspunkt.

Der Annahme, daß die bürgerlichrechtlichen Uebertragungsformen durch die dingliche Wirkung der Papierbegebung nicht ausgeschlossen sind, können mithin keine Bedenken entgegenstehen. Ihr Anwendungsgebiet wird nur bei verbrieften Waren bedeutend eingeschränkt, und die körperliche Uebergabe kommt bei Vorhandensein eines Dispositionspapiers nur noch selten vor, sie verschwindet aber nicht ganz. In einem Ausschluß des Besitzes als Sachenrechtsübertragungsmittels würde schließlich, wie Makower mit Recht bemerkt [21]), eine Ueberspannung des in den §§ 424, 450, 647 H.G.B. zum Ausdruck gebrachten Gedankens zuungunsten der Personen liegen, die gutgläubige Rechte am Gute erworben haben, ohne daß sie dem Gute ansehen konnten, daß darüber ein Dispositionspapier ausgestellt ist. Gerade zum Schutz des redlichen Erwerbs müßte unter allen Umständen eine Ausnahme gemacht werden, die aber zu einer so erheblichen Durchbrechung des aufgestellten gegenteiligen Grundsatzes führen würde, daß er seine praktische Bedeutung ganz verlöre. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes, der ein unbedingter Bestandteil jeder entwickelten Rechtsordnung aus Rücksichten auf die Rechtssicherheit sein muß, kann aber durch die dingliche Wirkung der Dispositionspapiere nicht beseitigt sein. Aus dieser Richtung wurden auch damals gegen das oben erwähnte österreichische Lagerhausgesetz ernste Bedenken geltend gemacht. So erhob Rießer gegen den § 23 dieses Gesetzes durchschlagende Bedenken [22]), nämlich „daß man den gutgläubigen Erwerber einer widerrechtlich veräußerten Ware, über welche ohne dessen Wissen ein Lagerschein ausgestellt war, damit rechtlos machen würde, und es müsse, um sich

[21]) Makower, Kommentar z. H.G.B. § 424, II a, S. 1474.

[22]) Rießer, in Z.H.R., Band 39, S. 276.

für diese Norm entscheiden zu können, mit Sicherheit nachgewiesen werden können, daß der Lagerscheinverkehr ohne solche den allgemeinen Verkehr jedenfalls stark schädigende Vorschrift direkt gefährdet werden würde."

E. Heymann sieht sich daher auch, wie bereits angedeutet, gezwungen, zugunsten eines die Güter gutgläubig erwerbenden Dritten eine Einschränkung seines Grundsatzes vorzunehmen [23]). So läßt er für den gutgläubigen Dritten Rechte an der Ware auch bei körperlicher Uebergabe nach den allgemeinen Grundsätzen entstehen und versagt in diesen Fällen der Papierbegebung die dingliche Wirkung, soweit sie mit dem gutgläubig erworbenen Rechte in Widerspruch tritt.

Es erhebt sich hier die Frage, was dieser letzte einschränkende Satz bedeuten soll, warum Heymann nicht ganz allgemein in diesen Fällen der Papierübergabe die dingliche Wirkung abspricht. Bei den Fällen, in denen durch die körperliche Uebergabe das Eigentum an der verbrieften Ware übertragen wird, ist diese Einschränkung ganz ohne Bedeutung, da jede andere Verfügung über die Ware durch Weiterbegebung des Papiers dem erworbenen Eigentumsrechte widersprechen würde. Wird dagegen durch die körperliche Uebergabe nur ein Pfandrecht bestellt, so könnte hier scheinbar dieser einschränkende Satz Bedeutung erlangen. Denn wird danach das Papier weiterbegeben, in der Absicht, dadurch auf einen Dritten das Eigentum an der verpfändeten Ware zu übertragen, so kann man allerdings daran denken, der Weiterbegebung des Papiers noch dingliche Wirkung beizulegen, sofern man das Pfandrecht des die Ware unmittelbar besitzenden Pfandgläubigers unberührt läßt. Denn läßt man das gutgläubig erworbene Pfandrecht weiterbestehen, so wird mit der Weiterbegebung des Papiers ein dem Pfandrecht widerstreitendes Recht nicht begründet. Daran dürfte wohl Heymann gedacht haben, als er jenen Satz aufstellte. Er wollte jedenfalls damit sagen, daß in dem gewählten Beispiel der Weiterbegebung des Papiers noch dingliche Wirkung zukomme, daß aber andererseits das durch die körperliche Uebergabe bestellte Pfandrecht des gutgläubigen Dritten dadurch nicht berührt werde. Anders wird man die Beifügung des einschränkenden Satzes nicht verstehen können.

Daraus aber, daß das Pfandrecht trotz der Eigentumsübertragung durch Urkundenbegebung weiter bestehen bleiben soll, ergibt sich, daß die Begebung des Papiers überhaupt nicht mehr die ihr

[23]) Heymann, a. a. O., S. 166, 215, 228; ebenso Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, S. 298.

sonst zukommende, eigentümliche dingliche Wirkung hat. Denn sonst müßte das Pfandrecht entsprechend § 936 Abs. 1 B.G.B. untergehen, da doch der Begebung des Papiers die Wirkungen einer körperlichen Uebergabe innewohnen. Soll aber das Pfandrecht, wie Heymann will, trotz der Vorschrift des § 936 Abs. 1 B.G.B. nicht erlöschen, so ist dies nur dann möglich, wenn die Papierbegebung nicht mehr die vollen Wirkungen einer körperlichen Uebergabe hat, die ihr durch das Gesetz ausdrücklich beigelegt sind. Gerade darin, daß auch vom Standpunkt der dargelegten Ansicht Heymanns aus der Papierbegebung eine der wichtigsten Wirkungen der körperlichen Uebergabe, die Vernichtung der die Sache belastenden Rechte Dritter, wieder genommen werden muß, tritt deutlich zutage, daß einer Weiterbegebung des Papiers in diesem Falle eben die eigentliche dingliche Wirkung ganz fehlt.

Heymann ist freilich bestrebt, den Grundsatz der dinglichen Rechtskraft des Papiers möglichst aufrechtzuerhalten. Soll aber die Weiterbegebung des Papiers zwecks Eigentumsübertragung nach einer durch körperliche Uebergabe erfolgten Pfandbestellung nicht in Widerspruch mit dem Pfandrecht treten, so läßt sich dies, wie nachgewiesen, nicht anders erreichen, als daß man dem Papier die ihm gesetzlich verliehene Kraft nimmt. Denn beläßt man dem Papier seine dingliche Kraft, so muß das Pfandrecht kraft Gesetzes erlöschen; will man aber das Pfandrecht nicht untergehen lassen, so hat die Papierbegebung nicht mehr die gleichen Wirkungen wie die Uebergabe der Ware. Man muß daher, will man sich nicht in irgend einer Weise zum Gesetz in Widerspruch setzen, zu dem Ergebnis kommen, daß dem Papier nach einer durch körperliche Uebergabe erfolgten Pfandbestellung ganz allgemein die dingliche Wirkung mangelt, und zwar ohne jegliche Einschränkung. Eine Einschränkung im Sinne Heymanns einzufügen und damit einer weiteren Begebung des Papiers wenigstens eine beschränkte dingliche Wirkung einzuräumen, ist m. E. willkürlich und unbegründet und widerspricht den klaren Bestimmungen des Gesetzes.

Dem Fall, daß ein redlicher Dritter durch körperliche Uebergabe ein dingliches Recht an der Ware erwirbt, stellt Heymann folgenden, selten vorkommenden Fall gleich[24]). Gibt der Papierschuldner die bereits übernommene Ware dem Eigentümer heraus, ohne das Papier zurückzuerhalten, oder gelangen die Waren auf eine andere Weise widerrechtlich in den Besitz des Eigentümers zurück und verfügt dieser über sie durch Uebertragung des unmit-

[24]) Heymann, a. a. O., S. 215, Note 3.

telbaren Besitzes und daraufhin durch Begebung des ausgestellten Papiers, so geht diesfalls auch nach Ansicht Heymanns die körperliche Uebergabe der Papierbegebung vor.

Diese notwendigen Ausnahmen geben aber weiter einen bedeutenden Grund für die hier vertretene, Heymann entgegengesetzte Meinung. Bilden doch die erwähnten Ausnahmen, der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten und der Erwerb vom Berechtigten, gerade die Fälle, in denen überhaupt ein Erwerb von dinglichen Rechten durch körperliche Uebergabe der Ware nach den bürgerlichen Regeln denkbar ist. Denn es könnte jetzt nur noch der Erwerb vom Nichtberechtigten in Frage kommen, bei dem der Erwerber die Nichtberechtigung kennt oder in seinem guten Glauben gemäß § 935 B.G.B. nicht geschützt wird, weil das Gut dem unmittelbaren Besitzer wider seinen Willen aus dem Besitz gekommen ist. Dabei würde es sich aber um Fälle einer körperlichen Uebergabe handeln, die schon durch die allgemeinen Grundsätze von einer dinglichen Wirkung ausgeschlossen sind.

Bei den aufgezählten, in Wirklichkeit nur möglichen Fällen einer Rechtsübertragung durch körperliche Uebergabe müssen also auch diejenigen, die ein Nebeneinanderbestehen von Besitz und Papier als Legitimationsmittel leugnen, den Besitz als solches gelten lassen. Es ist daher mit aller Deutlichkeit hervorzuheben, daß sich die beiden Ansichten bei der Frage, ob nach Ausstellung eines Dispositionspapiers noch dingliche Wirkung durch körperliche Uebergabe der verbrieften Ware erreicht werden kann, im Endergebnis treffen. Die absolute Theorie, ausgehend von dem Grundsatz der Unabhängigkeit der dinglichen Wirkung von der Besitzfrage, stellt wohl den Satz auf, daß der Besitz neben dem Papier als Legitimationsmittel ausgeschlossen sei, sie läßt aber in den Fällen, wo dann tatsächlich durch Uebertragung des unmittelbaren Besitzes dingliche Rechte begründet werden können, den Besitz als Legitimationsmittel zu. Der Unterschied liegt somit nur darin, daß die genannten Fälle von der absoluten Theorie als Ausnahmen innerhalb ihres Systems gebucht werden müssen, während sie sich dem von der Repräsentationstheorie errichteten Konstruktionsgebäude zwanglos einordnen. Hier zeigt sich zugleich wieder, wie die Repräsentationstheorie in unzeideutiger Klarheit und Einfachheit zu einem Ergebnis kommt, das die absolute Theorie nur auf einem Umwege erreicht, indem sie die Fälle, in denen auch sie auf die bürgerlichen Grundsätze zurückgreifen muß, als Ausnahmen ihrem System einfügt.

Zum Schluß sei noch dargelegt, wie sich der von uns hinsichtlich der Uebertragung des unmittelbaren Besitzes eingenommene Standpunkt im einzelnen Falle bei der Eigentumsübertragung wie Pfandbestellung auswirkt.

Hat beispielsweise [25]) der durch das Papier legitimierte Eigentümer die Ware verkauft und den Lagerhalter bestimmt, sie ohne Rückgabe des Lagerscheins an den Käufer auszuliefern, so erwirbt dieser das Eigentum. Gleichgültig ist dabei, ob der Käufer weiß, daß ein Lagerschein über die Ware ausgestellt ist oder nicht. Denn mit der Aushändigung der Ware an ihn verliert der Lagerschein die Fähigkeit, die dingliche Rechtslage an der Ware zu verändern. Dies unterliegt für die hier vertretene Repräsentationstheorie keinem Zweifel, da das Besitzmittlerverhältnis zwischen Eigentümer und Papieraussteller weggefallen ist, das die Grundlage für die dingliche Wirkung des Papiers darstellte. Aber auch nach der absoluten Theorie in der Fassung Heymanns liegt hier einer der oben erwähnten Ausnahmefälle vor; auch ihm zufolge fehlt diesfalls einer Papierbegebung die dingliche Kraft [26]). Für den Käufer ist es daher ganz unerheblich, welches das weitere Schicksal des Papiers ist. Wird es dem Lagerhalter nicht zurückgegeben und gebraucht es der Verkäufer in rechtswidriger Weise, indem er es in weiteren Umlauf setzt, so berührt dies die Rechtslage des Käufers überhaupt nicht. Der spätere Erwerber des Lagerscheins erwirbt kein dingliches Recht, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen seinen Vormann und gegen den Lagerhalter, der sich in dem Schein wertpapiermäßig verpflichtet hat, den legitimierten Papierinhaber das im Schein verbriefte Gut auszuhändigen. Der Käufer muß es dem Lagerhalter selbst überlassen, ob er sich gegen einen Mißbrauch des Lagerscheins seitens des Verkäufers durch das Verlangen der Rückgabe des Scheins schützen will oder nicht.

Es ist weiterhin der Fall denkbar, daß ein Papieraussteller seiner Verpflichtung zuwider die ihm übergebene Ware einem Dritten zu Eigentum übertragen will. Ist also der Veräußerer der verbrieften Ware nicht der Eigentümer, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Weiß der Erwerber oder mußte er wissen, daß er von

[25]) Das Beispiel ist Staub, Komm. z. H.G.B. § 365, Anm. 10, 3a entnommen.

[26]) Vgl. Heymann, a. a. O., S. 215, Note 3. Der Fall, daß der Papieraussteller die übernommene Ware dem Eigentümer aushändigt, ohne das Papier zurückzuerhalten, kann unserem Fall, daß der Papierschuldner ohne Rückgabe des Papiers die Ware an den Käufer auf Veranlassung des Eigentümers herausgibt, gleichgestellt werden.

einem Nichtberechtigten erwirbt, so erwirbt er kein Eigentum an der übergebenen Ware. Hält er dagegen bei der körperlichen Uebergabe der Ware den veräußernden Papieraussteller für den Eigentümer oder für berechtigt, über die Ware für den Eigentümer zu verfügen, so wird sein Rechtserwerb gemäß den §§ 932 B.G.B., 366 H.G.B. geschützt, und er wird Eigentümer der Ware, vorausgesetzt, daß es sich nicht um eine abhanden gekommene Sache handelt [27]). Hat ein gutgläubiger Dritter auf diese Weise das Eigentum an der Ware erworben, so erlischt wieder, wie in vorigem Fall, die dingliche Kraft des Dispositionspapiers, und das Papier kann zu einer weiteren Uebertragung von dinglichen Rechten an der Ware nicht mehr verwendet werden. Auch in diesem Fall ist nach der absoluten Theorie Heymanns einer Weiterbegebung des Papiers die dingliche Wirkung versagt [28]).

Nicht anders verhält es sich bei der Bestellung von Pfandrechten durch körperliche Uebergabe der Ware. Verpfändet der Eigentümer die verbriefte Ware und erhält sie der Pfandgläubiger vom Papierschuldner ausgehändigt, so steht einer wirksamen Verpfändung nichts im Wege. Es ist ohne Einfluß, ob dem Pfandgläubiger zur körperlichen Uebergabe hin noch das über die Ware ausgestellte Papier vom Verpfänder übergeben wird. Es ist auch ohne Bedeutung, ob das Papier dem Papierschuldner zurückgegeben wird. Mit der Aushändigung der Ware hört, wie in den Fällen der Eigentumsübertragung, die dingliche Rechtskraft des Papiers auf zu bestehen, da sie voraussetzt, daß der vermittelnde Besitz des Papierschuldners fortdauert. Daß ein beliebiger Pfandgläubiger von der Pfandbestellung an Besitzmittler für den Verpfänder ist, läßt die dingliche Wirkung des Papiers nicht fortbestehen. Wird das Papier dennoch zum Zwecke einer Eigentumsübertragung weiterbegeben, so kann dieses Rechtsgeschäft nur noch bei gegebenen Voraussetzungen mittels einer Konversion nach § 140 B.G.B. als Abtretung des Herausgabeanspruchs, der dem Eigentümer gegen den Pfandgläubiger zusteht, angesehen werden [29]). Doch der Rechtswirkungen, die eine wirksame Papierbegebung oder eine körperliche Uebergabe gehabt hätte, wird ein solches Rechtsgeschäft

---

27) Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, § 42, S. 546 f.
28) Brütt, a. a. O., S. 298.
Heymann, a. a. O., S. 228.
Jacobi, a. a. O., § 42, Anm. 39, S. 547.
29) Vgl. Jacobi, a. a. O., § 42, 3, S. 550.
Schaps, Seerecht, § 647 Anm. 5.
Heymann, a. a. O., S. 167.

nicht teilhaftig; hauptsächlich ist zu beachten, daß auch bei Annahme einer Konversion das vorhandene Pfandrecht gemäß § 936 Abs. 3 B.G.B. bestehen bleibt.

Wird die Verpfändung von dem Papieraussteller selbst, also von einem Nichtberechtigten vorgenommen, so kann ein Pfandrecht an der Ware gemäß § 1207 B.G.B. nach denselben Grundsätzen erworben werden, nach denen ein redlicher Dritter von einem Nichtberechtigten das Eigentum erwerben kann. Hält sonach der Pfandgläubiger bei der körperlichen Uebergabe des Pfandgegenstandes den verpfändenden Papieraussteller ohne grobe Fahrlässigkeit für den Eigentümer oder für berechtigt, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, so ist er gutgläubig und erwirbt, sofern die Ware nicht dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist, ein gültiges Pfandrecht. Mit der Uebergabe der Ware an den Pfandgläubiger hört der Papieraussteller auf, den Besitz an der Ware für den Papierberechtigten zu vermitteln, und damit entfällt die dingliche Wirkung des ausgegebenen Papiers [30]). Wird das Papier jedoch zwecks Eigentumsübertragung weiterbegeben, so kann nur wieder mit der Annahme einer Konversion geholfen werden, indem man, wie schon erwähnt, die Weiterbegebung des Papiers als eine Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 B.G.B. aufrecht erhält.

Hinsichtlich der Nießbrauchsbestellung kann hier, wie im folgenden, von einer näheren Darstellung abgesehen werden, da sie weder von praktischer Bedeutung ist noch ihre Behandlung zu neuen Gesichtspunkten oder Schwierigkeiten Anlaß gibt.

Als Endergebnis können wir daher feststellen, daß bei der Begründung und Uebertragung dinglicher Rechte an den durch Dispositionspapiere verbrieften Waren die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes und die Begebung des Dispositionspapiers gleichwertig einander gegenüberstehen. Ist durch körperliche Uebergabe ein dingliches Recht begründet worden, so kann dieses durch eine nachträgliche Uebergabe des Papiers, der keine dingliche Rechtswirkung mehr zukommt, nicht mehr entkräftet werden. Das Papier büßt daher mit einer Rechtsübertragung durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes seine sachenrechtliche Legitimationskraft ein und scheidet als solches aus.

[30]) Vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 365, Anm. 10, 1. 3. Schaps a. a. O., § 647, Anm. 5.

II. Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes als Sachenrechtsübertragungsform bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.

1. Allgemeines.

§ 3.

Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren, insbesondere im Falle des fehlenden mittelbaren Besitzes.

Auf Grund der vorhergehenden Feststellung, daß das Papier nicht das ausschließliche Rechtsübertragungsmittel ist, erhebt sich jetzt die weitere Frage, ob nach Ausstellung eines Dispositionspapiers auch die anderen bürgerlichen Rechtsübertragungsformen dingliche Wirkung herbeiführen können, und ob sie dabei von der Ausgabe des Papiers völlig unbeeinflußt bleiben. Es kommt hier als nächst wichtiger praktischer Fall die Abtretung des Herausgabeanspruchs und hiebei vor allem der Fall der Uebertragung des mittelbaren Besitzes in Betracht, dessen Voraussetzung, der Besitz eines vom Eigentümer verschiedenen Dritten, für die Regel bei einem Dispositionspapier gegeben ist.

Die Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ist in § 931 B.G.B. geregelt. Zu ihr gehört außer der sachenrechtlichen Einigung der Parteien nach der herrschenden Meinung [1]) unter allen Umständen die Abtretung des dem Eigentümer nach § 985 B.G.B. gewährten Herausgabeanspruchs, und, falls der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, muß sich die Abtretung auch auf den persönlichen, einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 B.G.B. entspringenden Herausgabeanspruch erstrecken. Erst die Abtretung dieses Anspruchs macht den Erwerber gemäß § 870 B.G.B. zum mittelbaren Besitzer, und im Falle eines mittel-

[1]) Planck, Kommentar z. B.G.B. III, § 931 3 a.
R.G.R. Kommentar III, § 931, 5.
Staudinger, Kommentar z. B.G.B. III, 1 § 931, 3 a.
R.G.E. Band 52, S. 394.
A. M. Wolff, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, III. Band, § 67 II, der unter der Anspruchsabtretenug nur die Uebertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 B.G.B. verstanden wissen will und daher im Falle mangelnden mittelbaren Besitzes eine Uebereignung durch schlichte Einigung für zulässig hält.

baren Besitzes müssen daher beide Ansprüche abgetreten sein, wenn die Uebereignung wirksam vollendet sein soll. Freilich ist mit der Uebertragung des dinglichen Herausgabeanspruchs regelmäßig der schuldrechtliche als mitabgetreten anzusehen.

Soll also das Eigentum an einer verbrieften Ware durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 B.G.B. übertragen werden, solange der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Ware ist, so muß mit der Abtretung des aus dem Eigentum fließenden Anspruchs gleichzeitig der im Papier verbriefte Rückgabeanspruch übertragen werden. Dabei ist aber zu beachten, daß der schuldrechtliche Rückgabeanspruch gegen den Papieraussteller in einem Wertpapier verbrieft ist und ein persönlicher Herausgabeanspruch außerhalb des Papiers nach dem Willen der Parteien nicht besteht [2]). Die Uebertragung dieses Anspruchs vollendet sich daher ausschließlich nach dem Recht der Wertpapiere, und der Erwerber kann nur dann mittelbarer Besitzer des Gutes sein, wenn er der aus dem Papier Berechtigte ist [3]). Die bürgerliche Uebertragungsform durch Anspruchsabtretung erleidet daher gewisse Modifikationen, die sich aus der Wertpapiernatur der Dispositionspapiere ergeben. Wir haben deshalb zunächst zu prüfen, wie sich die Uebertragung der Rechte aus einem Wertpapier, insbesondere einem Orderpapier, und damit die Uebertragung des Herausgabeanspruchs der Dispositionspapiere im einzelnen gestaltet. Die Hauptfrage bildet dabei, ob neben der gewöhnlichen Uebertragungsform durch Indossament auch eine Uebertragung des in einem Orderpapier verbrieften Anspruchs durch die bürgerliche Abtretung möglich ist, und ob deren Wirksamkeit von der Uebergabe des Papiers abhängt. Darauf kommen wir im folgenden Paragraphen zu sprechen.

Ehe wir uns aber mit dieser Frage beschäftigen, wollen wir noch zuerst den Fall vorwegnehmen, in dem der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer der Ware ist, weil der den Besitz vermittelnde Papierschuldner den Besitz an der Ware verloren oder freiwillig aufgegeben hat, jedoch ohne daß ein gutgläubiger Dritter das Eigentum daran erworben hat [4]). Diesfalls braucht keine Rücksicht darauf genommen werden, daß durch die Ausstellung eines Dispositions-

[2]) Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. II, Vorbem. zu § 368, Anm. 51, S. 658.

[3]) M. Wolff, in Ehrenbergs Handbuch, Band IV, 1 § 6 S. 30. Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Band 2, S. 336.

[4]) Der Fall, daß ein gutgläubiger Dritter die Ware vom Papieraussteller zu Eigentum erwirbt, ist bereits oben Seite 26 f. behandelt.

papiers der schuldrechtliche Rückgabeanspruch in einem Wertpapier verbrieft ist. Denn hier ist zu einer nach § 931 B.G.B. erfolgenden Uebereignung die Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs, der nicht verbrieft ist, genügend und nur erforderlich [5]). Da die Uebertragung eines persönlichen Rückgabeanspruchs nicht stattfinden kann, ist die oben angeschnittene Frage ohne Bedeutung. Bei einer solchen Uebereignung handelt es sich mithin um einen Fall, in dem die dingliche Wirkung nach rein bürgerlichen Vorschriften herbeigeführt wird und weder die Uebergabe noch die Begebung des Papiers notwendig ist.

Im täglichen Verkehr wird freilich eine solche Uebereignung nicht anders vor sich gehen, als in dem Fall, in dem der Papierschuldner noch Besitzmittler ist, schon weil der Veräußerer und der Erwerber nur in den seltensten Fällen davon Kenntnis haben werden, daß der Besitz des Papierschuldners nicht mehr vorhanden ist. Aber selbst wenn die Parteien dies wissen sollten, würde doch der Erwerber sich vorsichtshalber das Papier vom Veräußerer mit übergeben lassen. Denn einmal kann der Erwerber, falls das Gut wieder in die Hand des Papierschuldners zurückgelangt, ohne Besitz des Papiers sein Recht gegen den Papierschuldner nicht verfolgen. Sodann lebt bei Rückkehr des Gutes zum Papierschuldner die sachenrechtliche Verwendbarkeit des Papiers wieder auf [6]), und der Erwerber wäre dann nicht davor sicher, daß der Veräußerer, wenn er das Papier noch in Händen hat, das Gut durch Weiterbegebung des Papiers oder in der Form der Uebertragung des mittelbaren Besitzes, diesmal verbunden mit der Uebergabe des Papiers, an einen redlichen Dritten nochmals übereignet oder verpfändet und dadurch das Recht des Erwerbers vereitelt oder beeinträchtigt. Um seines Eigentums sicher zu sein, wird sich daher ein Erwerber auch bei bloßer Abtretung des Herausgabeanspruchs von einem nicht im mittelbaren Besitz befindlichen Eigentümer stets das den Rückgabe-

[5]) In dem unterstellten Falle ist übrigens eine Eigentumsübertragung anders gar nicht möglich, weil dem Papier mit dem Verlust des Besitzes des Papierschuldners die dingliche Kraft verloren geht und daher eine etwa erfolgte Indossierung nur mittels einer Konversion als Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 B.G.B. aufrecht erhalten werden kann.
Vgl. Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, § 42, 3 S. 550.
Schaps, Seerecht, § 647 Anm. 5.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, S. 167.

[6]) Pappenheim, Seerecht, a. a. O., Band 3, S. 349.
Schaps, Seerecht, Kommentar § 647 Anm. 8 a.

anspruch verbriefende Papier übergeben lassen. Doch dies ändert daran nichts, daß der Eigentumsübergang sich schon allein durch die schlichte Anspruchsabtretung vollzieht, ohne daß die Papierübergabe notwendig ist. Denn der Eigentumserwerb ist bei mangelndem mittelbaren Besitz des Veräußerers schon mit der sachenrechtlichen Einigung der Parteien und der Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs vollendet. Trotz Ausstellung eines Papiers kann sonach in diesem Fall Eigentum ohne Begebung, ja selbst ohne schlichte Uebergabe des Papiers ganz nach den bürgerlichen Regeln übertragen werden. Jedoch ist dieser Fall nicht so absonderlich, wie er auf den ersten Blick scheinen könnte, da man zu beachten hat, daß durch den Besitzverlust des Papierschuldners die sachenrechtliche Verwendbarkeit des Papiers zu bestehen aufgehört hat. Dadurch ist die dingliche Rechtslage an der Ware während ihrer Entfernung aus dem Besitz des Papierschuldners nicht anders gestaltet, als wenn überhaupt kein Papier ausgestellt worden wäre. Unter diesen Umständen hat es der Erwerber auch nicht nötig, sich dem Besitzer der Ware, der ja nicht Papierschuldner ist, als Eigentümer durch Innehabung des Papiers auszuweisen. Die Herausgabepflicht des jetzigen unmittelbaren Besitzers besteht im unterstellten Fall, bei dem davon ausgegangen wurde, daß der jetzige Besitzer nicht auf Grund guten Glaubens Eigentümer des Gutes geworden ist, ohne Vorlegung und ohne Aushändigung der Urkunde.

Zum Schluß sei noch das Wichtigste über die Pfandbestellung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gesagt. Im Gegensatz zur Uebereignung, die auch zulässig ist, wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, kann ein Eigentümer nach Verlust des mittelbaren Besitzes ein Pfandrecht nicht mehr bestellen. Denn das vertragliche Mobiliarpfand des geltenden Rechts ist Besitzpfand und muß durch Vermittlung des Besitzes für Dritte klargestellt werden. Bei einer Verpfändung durch Anspruchsabtretung ist daher gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. die Uebertragung des mittelbaren Besitzes und dazu noch eine Anzeige der Verpfändung an den Besitzmittler vorgeschrieben. Diese Art der Verpfändung kann also nur angewandt werden, wenn der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Sache ist; ist er dies nicht, so ist eine Verpfändung unmöglich.

Befinden sich sonach die in einem Papier verbrieften Waren im Besitz des Papierschuldners und ist durch dessen Vermittlung der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Waren, so kann eine Pfandbestellung auch durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes gemäß

§ 1205 Abs. 2 B.G.B. erfolgen. Dies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn man die Ausschließlichkeit des Dispositionspapiers als sachenrechtlichen Legitimationsmittels verneint und, dem Grundsatz der hier vertretenen Repräsentationstheorie folgend, dem Besitz die Rolle als Legitimationsmittel beläßt, welche ihm das bürgerliche Recht zugeteilt hat. Allerdings muß dem Umstand Rechnung getragen werden, daß der Rückgabeanspruch, durch dessen Abtretung sich die Uebertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870 B.G.B. vollzieht, nach Ausgabe eines Dispositionspapiers in einem Wertpapiere verbrieft ist und nur nach den Regeln des Wertpapierrechts übertragen werden kann. Darauf, ob dieser Umstand bei einer Pfandbestellung nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. die Uebergabe des Papiers und noch andere Abweichungen von der bürgerlichen Regel notwendig macht, werden wir weiter unten zu sprechen kommen.

Sind dagegen die Waren dem Papierschuldner freiwillig oder unfreiwillig aus dem Besitz gekommen, so ist der Eigentümer außerstande, ein Pfandrecht zu begründen [7]). Erstens scheidet eine Pfandbestellung durch Begebung des Papiers aus, weil dessen Traditionsfähigkeit aufgehoben ist. Wird trotzdem das Papier zwecks Pfandbestellung indossiert übergeben, etwa weil die Parteien nichts von dem Besitzverlust des Papierschuldners wissen, so kann ein Pfandrecht an den Waren erst in dem Augenblick der Rückkehr der Waren in den Besitz des Papierschuldners entstehen. Sodann ist die Vornahme einer Verpfändung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs diesfalls ausgeschlossen. Denn hiezu wäre die Uebertragung des mittelbaren Besitzes geboten, der aber hier mangelt. Da jedoch eine Verpfändung unter einer Bedingung und Zeitbestimmung statthaft ist, kann ein Pfandrecht nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. für den Fall bestellt werden, daß die Waren wieder in den Besitz des Papierschuldners zurückkehren. In ein Pfandrecht unter einer derartigen Bedingung kann daher unter den Voraussetzungen der Konversion ein unbedingt bestelltes, aber wegen mangelnden mittelbaren Besitzes unwirksames Pfandrecht umgedeutet werden [8]). Ein solches Pfandrecht entsteht indessen nicht vor Eintritt der Bedingung und äußert vorher keine pfandrechtlichen Wirkungen. Da aber der Herausgabeanspruch, auf dem der mittelbare Besitz nach Rückkehr der Waren beruht, in einem Papier verbrieft ist und dieser, falls die Verpfändung wirksam sein soll, übertragen sein muß, führt auch

[7]) Jacobi, a. a. O., § 42, 6, S. 552 f.
Heymann, a. a. O., S. 173 f.
Brütt, Die abstrakte Forderung, S. 297.
[8]) Jacobi, a. a. O., § 42, 6, S. 553.

diese bedingte Pfandbestellung zu denselben Abweichungen von der Regel des § 1205 Abs. 2 B.G.B., wie eine unbedingte Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes.

2. Die Ausgestaltung dieser Sachenrechtsübertragungsform beim Orderdispositionspapier.

§ 4.

Die Uebertragung der in Orderpapieren verbrieften Rechte.

Soweit zur Uebereignung oder Verpfändung die Uebertragung des mittelbaren Besitzes erforderlich ist, müssen wir uns mit einigen Fragen des Wertpapierrechts vertraut machen. Wir haben dabei namentlich zu prüfen, wie die Uebertragung eines in einem Orderpapier verbrieften Anspruchs von statten geht.

Die Orderpapiere sind die typisch handelsrechtlichen Papiere und spielen im Handelsverkehr unter den Wertpapieren die wichtigste Rolle. Auch die Dispositionspapiere sind in der Hauptsache nur als Orderpapiere gebräuchlich. Als Inhaber- und Rektapapiere findet man sie im Verkehr selten vor. Der Lagerschein ist sogar nur dann mit Traditionskraft ausgestattet, wenn er von einer zur Ausstellung von Lagerscheinen staatlich ermächtigten Anstalt ausgegeben und an Order gestellt ist [1]). Als Inhaber- und Rektapapier hat der Lagerschein überhaupt keine selbständige sachenrechtliche Bedeutung.

Die regelmäßige Uebertragung der an Order lautenden Papiere geschieht auf dem Weg der Indossierung. Die Weiterbegebung eines an Order gestellten Dispositionspapiers durch Indossament hat aber unter den Voraussetzungen der §§ 424, 450, 647 H.G.B. hinsichtlich der verbrieften Güter die gleichen Wirkungen, wie die Uebergabe der Güter selbst. Sie bildet die normale Uebertragungsform von dinglichen Rechten an verbrieften Waren, auf die im Rahmen dieser Abhandlung nicht einzugehen ist, da gerade die anderen Fälle herauszustellen sind, in denen die dingliche Wirkung ohne Indossierung des Papiers erzielt werden kann. Hier

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. H.G.B. III, § 424 S. 789 f. Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 S. 559 mit dem Hinweis auf das österreichische Recht, das ebenfalls nur den indossablen Lagerschein kennt.
Staub, Komm. z. H.G.B. IV § 424, Anm. 1.

ist vielmehr die Frage zu prüfen, ob in den Fällen, in denen eine Uebertragung des in einem Orderpapier verbrieften Herausgabeanspruchs erforderlich ist, diese ohne Indossierung erfolgen kann.

Diese Frage ist in bejahendem Sinne zu beantworten. Denn um Rechte aus einem Orderpapier zu übertragen, ist die Indossierung nicht der einzige Weg. Rechte aus einem Orderpapier können auch in der Form der bürgerlichen Abtretung übertragen werden. Dies ist in der Rechtswissenschaft wie Rechtsprechung allgemein anerkannt [2]). Die gewöhnliche vertragsmäßige Forderungsübertragung nach den §§ 398 ff. B.G.B. ist weder begrifflich noch gesetzlich ausgeschlossen.

Damit die Abtretung der Rechte aus einem Orderpapier rechtsgültig ist, muß aber noch die Uebergabe des Papiers hinzutreten. Eine einfache Abtretung ohne die begleitende Uebergabe des Papiers reicht nicht aus. Die Papierübergabe wird auch allgemein zur Wirksamkeit der Abtretung von Rechten aus Orderpapieren verlangt [3]). Eine Forderung geht zwar gemäß § 398 B.G.B. schon mit dem Abschluß eines formlosen Abtretungsvertrages auf den neuen Gläubiger über. Doch § 398 B.G.B. „ist nur eine Normalvorschrift, die da weicht, wo rechtliche Besonderheiten eine abweichende Beurteilung erheischen" [4]). Und durch die Rechtsnatur

---

[2]) Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B. II, § 364, III g, S. 583.
Gierke, Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch II, 3, Bd. 2 S. 147.
Jacobi, a. a. O., § 38, S. 466 f.
Langen, Die Kreationstheorie S. 86.
Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 364, Nr. 12.
Makower, Kommentar z. H.G.B. § 364 S. 1073.
Planck, Kommentar z. B.G.B. III, § 1280, 2 c.
Schaps, Seerecht, Kommentar § 644 Anm. 3.
Schwabe, Die Abtretung der in vollkommenen Orderpapieren verbrieften Rechte, S. 6 ff.
Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 364 Anm. 13.
Staub-Stranz, Komm. z. Wechsel-O., Art. 9 Anm. 9.
R.G.E. Bd. 12, S. 132, Bd. 26, S. 100, Bd. 33, S. 147.
a. M. Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch, III, 3, Band 3, S. 339 f.

[3]) Gierke, a. a. O., Band 2 S. 147.
Jacobi, a. a. O., § 38, S. 467.
Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 364 Nr. 12.
Langen, Die Kreationstheorie S. 86.
Planck, Kommentar z. B.G.B. III, § 1280, 2 c.
Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 364 Anm. 13.
Staub-Stranz, Komm. z. Wechsel-O., Art. 9 Anm. 9.
R.G.E. Bd. 26, S. 100, Bd. 33, S. 147, Bd. 88, S. 292.

[4]) Staub, Kommentar z. H.G.B. II, § 222, Anm. 7.

der Orderpapiere ist eine Abweichung von der Vorschrift des § 398 B.G.B. geboten. Auf Grund der vorhandenen Bestimmungen über die Orderpapiere hat die Wissenschaft den leitenden Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folge. Das Recht und der Träger des Rechts, das Papier, sind so eng miteinander verknüpft, daß beide von einander untrennbar sind und der aus dem Papier Berechtigte das Recht wirksam nur übertragen kann, wenn er zugleich das Recht am Papier überträgt. Darum hat lediglich der, dem das Eigentum am Papier zusteht, das verbriefte Recht inne, und vor Uebertragung des Eigentums am Papier erwirbt ein Zessionar nicht das Recht aus dem Papier. Infolge dieses Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Recht und Papier gehört zum Begriff und Wesen einer Rechtsübertragung von Orderpapieren die Uebereignung und damit die Uebergabe des Papiers, ohne die eine Uebertragung von Rechten aus Orderpapieren wirkungslos bleibt.

Zuletzt sei noch auf eine Frage eingegangen, die in das Gebiet des Wertpapierrechts gehört und uns auch im folgenden bei einer nach § 931 B.G.B. vorgenommenen Uebereignung beschäftigen wird. Es sei deshalb in diesem Zusammenhang bereits hiezu Stellung genommen, um das Ergebnis den späteren Ausführungen zugrunde legen zu können.

Es handelt sich um die Ansicht, daß bei Anzeige der Abtretung, auch wenn das Papier nicht mitübergeben wurde, der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zessionar zahlen könne [5]). Diese Ansicht, daß der Papierschuldner bei einer infolge mangelnder Papierübergabe unwirksamen Abtretung schon allein auf die Abtretungsanzeige hin, ohne Vorlegung und Rückgabe des Papiers zur Leistung *befugt* sei, kann jedoch nicht für richtig gehalten werden.

Zunächst könnte sich dadurch der Schuldner höchstens dem vermeintlichen Zedenten gegenüber von seiner Verbindlichkeit befreien, niemals aber einem Dritten gegenüber, der von dem das Papier noch besitzenden Zedenten und damit in Wirklichkeit noch Berechtigten durch Indossierung oder durch eine mit Papierübergabe verbundene Abtretung das Eigentum am Papier und das Recht aus

[5]) *Staub-Stranz*, Kommentar z. Wechsel-O., Art. 9, Anm. 9 und *Staub*, Kommentar z. H.G.B. III, § 364 Anm. 13, unter Berufung auf § 409 B.G.B. Daran, daß der Papierschuldner nur gegen Vorlegung und Aushändigung des Papiers zur Leistung *verpflichtet* ist, wird von keiner Seite gezweifelt.
R.G.E., Band 88, S. 292, läßt die Frage offen.

dem Papier erworben hat[6]). Dieser Grund würde den Papierschuldner seinerseits davon abhalten, ohne Rückgabe des Papiers zu leisten, um vor der Gefahr einer nochmaligen Erfüllung geschützt zu sein. Denn ein vom Zedenten verschiedener Berechtigter aus dem Papier braucht eine erfolgte Abtretungsanzeige gegen sich nicht gelten lassen. Es darf sodann aber nicht übersehen werden, daß durch den mangelnden Besitz des Papiers der Zessionar als Nichtberechtigter, auf den das Recht aus dem Papier noch nicht übergegangen ist, gekennzeichnet ist. Gerade daran, daß der Zessionar trotz der Anzeige sich durch den Besitz des Papiers nicht ausweisen kann, sieht der Schuldner, daß die Abtretung jedenfalls nicht in Ordnung geht, sei es, daß sie wegen fehlender Uebereignung des Papiers unwirksam ist oder aus einem sonstigen Grund zurückgenommen wurde. Allerdings hat nach dem bürgerlichen Recht der Schuldner die Befugnis, auch wenn er von dem Nichtbestehen oder der Unwirksamkeit der Abtretung Kenntnis hat, an den als Gläubiger Bezeichneten zu erfüllen und sich danach dem Zedenten gegenüber auf eine an ihn ergangene Anzeige zu berufen, sofern er nicht durch die Absicht, den wahren Gläubiger zu schädigen, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gehandelt hat.[7]). Eine entsprechende Befugnis, daß der Schuldner aus einem Orderpapier nach geschehener Anzeige, obwohl er an dem mangelnden Papierbesitz die Nichtberechtigung des Zessionars erkennt, an den Nichtgläubiger leisten dürfte, rechtfertigt sich aber innerhalb des Rechts der Orderpapiere nicht.

Es können nämlich die Grundsätze über die bürgerliche Abtretung nicht in ihrer Gesamtheit und ohne Abweichungen auf die Abtretung der Rechte aus einem Orderpapier übertragen werden. Bei der bürgerlichen Abtretung dienen zwar einem neuen Gläubiger dem Schuldner gegenüber als Legitimationsmittel die Abtretungsanzeige und die Abtretungsurkunde[8]). Bei einem Orderpapier hingegen ist infolge der Abhängigkeit des Rechts aus dem Papier von dem Rechte am Papier der Besitz des Papiers das wichtigste und unbedingt notwendige Legitimationsmittel des neuen Gläubigers dem Papierschuldner gegenüber, zu dem noch eine Abtretungsanzeige oder

---

[6]) So schon K. Adler, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 26, S. 39.

[7]) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I, 2 § 304 II, 1 b.
R.G.R.-Komm. § 409, 1.
Staudinger, Komm. z. B.G.B. II, 1 § 409, 1.
a. A. Planck, Komm. z. B.G.B., II, 1 § 409, 1 b.

[8]) Vgl. §§ 409, 410, B.G.B.

eine Abtretungsurkunde zum Nachweis eines nicht wertpapiermäßigen Rechtsüberganges hinzukommen kann. Im bürgerlichen Recht muß sich allerdings der Schuldner auf eine an ihn ergangene Abtretungsanzeige verlassen können, sodaß er an den darin bezeichneten neuen Gläubiger jedenfalls mit befreiender Wirkung leisten kann, selbst wenn die Abtretung nicht erfolgt, unwirksam ist oder rückgängig gemacht wurde. Andererseits muß der Gläubiger stets eine angezeigte Abtretung sich entgegenhalten lassen, selbst wenn der Schuldner in Kenntnis des wahren Sachverhalts an den nichtberechtigten Zessionar zahlte, sofern er nur nicht damit den Gläubiger in arglistiger Weise schädigen wollte. Aus dem Wesen der Orderpapiere dagegen ergibt sich, daß der Schuldner vor allem danach zu sehen hat, ob der Gläubiger, der Erfüllung fordert, sich im Besitz des Papiers befindet. Nur an einen solchen, der mindestens das Papier innehat, kann der Schuldner aus einem Orderpapier mit befreiender Wirkung leisten. Der Besitz des Papiers ist für ihn das erste Erkennungsmittel, ob ihm ein wirklich Berechtigter gegenübersteht. Wie im bürgerlichen Recht den Schuldner die Abtretungsanzeige vor nochmaliger Leistung schützt, so kommt bei Orderpapieren diese Fähigkeit dem Besitz des Papiers zu. Verlangt daher ein angeblicher Zessionar vom Schuldner Erfüllung, so darf dieser sich nicht auf eine Abtretungsanzeige verlassen, sondern muß die Vorlegung und Rückgabe des Papiers fordern. Leistet er ohne Aushändigung des Papiers, so handelt er auf eigene Gefahr. Bei Erfüllung einer in einem Orderpapier verbrieften Schuld geht die Pflicht des Schuldners, die Legitimation der als Gläubigerin auftretenden Person zu prüfen, weiter, indem er gehalten ist, die im Papier versprochene Leistung nur dem papiermäßig legitimierten Papierinhaber oder nur dem Papierinhaber, der seine nicht wertpapiermäßige Berechtigung nachzuweisen imstande ist, zu erfüllen. Verletzt er diese Pflicht, so ist er dem wahren Berechtigten gegenüber nicht befreit. Kein Gläubiger, wer er auch sei, braucht bei einem Orderpapier eine zwar angezeigte, aber infolge fehlender Papierübergabe unwirksame Abtretung gegen sich gelten lassen.

Dazu kommt, daß der aus einem Orderpapier Verpflichtete jede gültige Rechtsübertragung gegen sich gelten lassen muß, gleichgültig, ob er hievon Kenntnis erlangt hat oder nicht, da zu seinem Schutz in erster Linie das Papier und dessen Besitz bestimmt ist. Er wüßte daher gar nicht, ob eine an ihn ergangene Abtretungsanzeige überhaupt vom wahren Berechtigten oder von einem ihm gegenüber wenigstens als berechtigt Geltenden herrührt. Er braucht sich deswegen um eine Abtretungsanzeige nicht zu kümmern, sie ist

für ihn gleichgültig, sie teilt ihm weder eine Pflicht noch ein Recht zu. Es kann mithin dem Schuldner nicht die Befugnis zugesprochen werden, an einen infolge mangelnden Papierbesitzes offenbar Nichtberechtigten mit befreiender Wirkung zu leisten. Ist eine Abtretung wegen fehlender Papierübergabe unwirksam, so kommt auch einer Abtretungsanzeige keine Wirkung zu. Sie bleibt völlig bedeutungslos, und der Schuldner braucht einer derartigen Anzeige keine Beachtung zu schenken [9]).

Anders verhält es sich, wenn eine Abtretung mit Papierabgabe vollzogen wurde. Dann bewirkt eine Anzeige, daß der Schuldner an den neuen Gläubiger zu leisten berechtigt ist, der zwar das Papier besitzt, aber die nicht durch Indossament geschehene Rechtsübertragung noch nachzuweisen hat. Diesfalls hat der anzeigende Gläubiger die Abtretungsanzeige gegen sich gelten zu lassen, auch wenn die Abtretung unwirksam ist. Die Bestimmung des § 409 B.G.B. kommt sonach dem Schuldner nur zugute, wenn er gegen Erfüllung die Aushändigung des Papiers fordert [10]). § 409 B.G.B. erleidet bei den Orderpapieren eine aus deren Rechtsnatur entspringende Einschränkung dahin, daß er nicht zur Anwendung gelangt, wenn sich schon aus dem mangelnden Papierbesitz des neuen Gläubigers, der Erfüllung fordert, die Unwirksamkeit der angezeigten Abtretung ergibt. Oder positiv ausgedrückt: Der in § 409 B.G.B. aufgestellte Rechtssatz setzt bei Orderpapieren notwendigerweise voraus, daß die angezeigte Abtretung, mag sie im übrigen auch unwirksam sein, doch immerhin vom Besitzübergang des Papiers begleitet war.

§ 5.

Die **Uebereignung** durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in einem Orderdispositionspapier verbrieften Waren.

Der in einem Orderdispositionspapier verbriefte Herausgabeanspruch kann, wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, neben der Indossierung auch durch eine bürgerlichrechtliche Abtretung übertragen werden, jedoch nur unter der Voraussetzung der Uebergabe des Papiers. Ferner steht einer Eigentumsübertragung der

[9]) Vgl. hiezu Jacobi, a. a. O., § 25, S. 204 f. § 37, Anm. 44. S. 445.
[10]) Schwabe, a. a. O., S. 65.

in einem Dispositionspapier verbrieften Ware durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes nach § 931 B.G.B. von dem von uns eingenommenen Standpunkt aus, wonach das Papier nicht das alleinige sachenrechtliche Legitimationsmittel darstellt, nichts im Wege. Diese Uebertragungsmöglichkeit bildet vielmehr ebenso, wie die körperliche Uebergabe, eine Ergänzung der gewöhnlichen Uebereignung durch Indossierung des Papiers, die dem Handelsverkehr nicht versagt werden kann, und ohne deren Zulassung die tatsächlichen Interessen des Verkehrs erheblich beeinträchtigt wären.

Will daher ein Eigentümer einer verbrieften Ware, solange der Besitz des Papierschuldners vorhanden ist, eine Eigentumsübertragung ohne Indossierung des Papiers vornehmen, so kann er den Weg einschlagen, den § 931 B.G.B. mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs zeigt. Bei der hiezu erforderlichen Abtretung des Rückgabenanspruchs, auf dem der Oberbesitz des Veräußerers ruht, ist aber zu beachten, daß dieser Anspruch in einem Dispositionspapier verbrieft und somit zu seiner Uebertragung die Uebergabe des Papiers erforderlich ist, soll nicht die Abtretung unwirksam sein. Infolge des engen Bandes zwischen dem Orderdispositionspapier und dem darin verbrieften Herausgabeanspruch muß die Uebereignung des Papiers zu einer Eigentumsübertragung der verbrieften Ware hinzutreten. Der Veräußerer muß den Erwerber durch Uebergabe des Papiers zum Papierberechtigten machen, der erst damit das Recht aus dem Papier, den Rückgabeanspruch, und damit den mittelbaren Besitz erlangt. Nach Ausstellung eines Papiers kann daher der mittelbare Besitz ohne Papierübergabe nicht übertragen werden. Auch ist erst nach der Papierübergabe der Veräußerer außerstande, durch eine weitere Verfügung über die Ware die Rechtsstellung des Erwerbers zu beeinträchtigen oder zu vereiteln. Es zeigt sich also, daß eine Uebereignung nach rein bürgerlichen Grundsätzen diesfalls nicht zum Ziele führt. Ohne Uebereignung und die damit regelmäßig verbundene Uebergabe des Papiers gebricht es der Abtretung des Herausgabeanspruchs vollständig an der Wirksamkeit; der mittelbare Besitz ginge gar nicht auf den Erwerber über, sondern würde beim Veräußerer zurückbleiben. Die gewollte Rechtsübertragung wäre sonach unwirksam.

Daß außer der Papierbegebung eine Uebereignung auch auf dem in § 931 B.G.B. vorgezeichneten Weg in Verbindung mit einer einfachen Uebergabe des Papiers erfolgen kann, wird von namhaften Schriftstellern und von der Rechtsprechung anerkannt. So erklärt Staub eine Eigentumsübertragung nach § 931 B.G.B.

für zulässig, falls sie von der Uebertragung des Papiers begleitet ist[1]). Ebenso kann nach der Meinung Jacobis durch Anspruchsabtretung, verbunden mit der Uebergabe des Papiers, die Sachübergabe ersetzt und Eigentum übertragen werden, während diese Wirkung einer Abtretung des Herausgabeanspruchs ohne gleichzeitige Papierübergabe nicht zustatten kommt[2]). Der Ansicht der genannten beiden Schriftsteller stimmen Mittelstein[3]) und Brütt[4]) bei, und dies ist auch die Auffassung, der die kaufmännischen Kreise beitreten und die allein den Bedürfnissen des Verkehrs in richtiger Weise Rechnung trägt.

Zu dieser Frage Stellung zu nehmen, hatte auch das Reichsgericht Gelegenheit. In der bereits angeführten Entscheidung läßt es den Erwerber, an den der Herausgabeanspruch abgetreten und zugleich der Ladeschein übergeben wurde, Eigentümer der verbrieften Ware werden[5]). Es führt in seiner Begründung aus: Genau wie die Rechte aus einem Wechsel durch Abtretung in Verbindung mit der Uebergabe des Papiers übertragen werden können, können die Rechte aus einem Ladeschein auf diesem Weg übertragen werden. „Nimmt man dies an, so ist auch die weitere Annahme gerechtfertigt, daß außer dem Wege des § 450 H.G.B. ein Eigentumserwerb am Frachtgut rechtlich möglich ist, der sich durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 B.G.B.) verbunden mit der Uebergabe des nicht oder nicht richtig indossierten Ladescheins vollzieht. Neben § 450 H.G.B. gilt die allgemeine Vorschrift des § 931 B.G.B., die es den Parteien gestattet, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs unter Uebergabe des Papiers das Eigentum am Frachtgut zu übertragen." Das Reichsgericht weist dann noch darauf hin, daß durch diese Uebereignungsform infolge der notwendigen Uebergabe des Papiers die Verkehrssicherheit nicht notleide.

Wer jedoch das Papier für das ausschließliche Legitimationsmittel hält und den Besitz als Rechtsübertragungsmittel ausschaltet, wie z. B. Heymann, muß auch einer mit der Uebergabe des Papiers verbundenen Abtretung des Herausgabeanspruchs die Fähigkeit absprechen, dingliche Wirkung herbeizuführen. Denn seiner Ansicht nach kommt nur der wertpapiermäßigen Uebertragung des Papiers dingliche Wirkung zu, nicht aber einer Papierübertragung, die auf dem Weg der bür-

[1]) Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 365 Anm. 10, 3 b u. c.
[2]) Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1, § 42 S. 547.
[3]) Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht, Band 1, S. 307.
[4]) Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, S. 293.
[5]) R.G.E. Bd. 119, S. 215.

gerlichen Abtretung erfolgt, und durch die der im Papier verbriefte Herausgabeanspruch nach § 931 B.G.B. übertragen werden soll. Ihm zufolge muß der Erwerber mittels Indossierung durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert werden, um dinglich Berechtigter zu sein.

Die Uebereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs in Verbindung mit der Uebergabe des Papiers ist freilich mit schwächeren Wirkungen ausgestattet, als die Eigentumsübertragung mittels Papierbegebung, die einer körperlichen Uebergabe der verbrieften Ware gleichkommt. So geht bei einer bloßen Anspruchsabtretung das auf der Sache lastende Recht eines Dritten, der sich im unmittelbaren Besitz der Sache befindet, gemäß § 936 Abs. 3 B.G.B. nicht unter, während auf den gutgläubigen Erwerber eines indossierten Papiers lastenfreies Eigentum übergeht [6]).

Beim Erwerb vom Nichtberechtigten gestaltet sich indessen die Rechtslage bei den beiden Rechtsübertragungsformen nicht verschieden, da das Eigentum auf den gutgläubigen Erwerber nach § 934 Satz 1 B.G.B. sofort mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs übergeht. Ferner besteht ein Unterschied zwischen beiden Uebereignungsarten auch nicht insofern, als etwa bei einer Indossierung der Rechtsmangel des Erwerbs von einem Geschäftsunfähigen oder von gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst abhanden gekommenen Waren geheilt werden könnte. In diesen Fällen erwirbt zwar ein redlicher Dritter das Eigentum am Papier, aber nicht an den verbrieften Waren, da der Erwerb an den Waren sich nach den sachenrechtlichen Grundsätzen vollzieht und somit der Schutz des gutgläubigen Erwerbers hinsichtlich der verbrieften Waren sich allein nach den Vorschriften der §§ 932 ff. B.G.B., 366 H.G.B. richtet. Ein Parallelismus zwischen Eigentum am Papier und Eigentum an der verbrieften Ware besteht nicht; Papiererwerb und Sacherwerb können auseinanderfallen. Man mag dieses Ergebnis als unerwünscht bezeichnen, aber der Wortlaut der §§ 424, 450, 647 H.G.B. spricht zu klar und deutlich aus, daß die Uebergabe des Papiers für den Erwerb von Rechten am Gute lediglich die gleichen Wirkungen haben solle, wie die Uebergabe des Gutes. Es kann aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht herausgelesen werden, daß der Papierbegebung für den Erwerb von Sachenrechten

[6]) Staub, Kommentar zum H.G.B., III, § 365, Anm. 10, 3, c und § 366, Anm. 14.
Heilbrunn, Inhaberlagerscheine, in Holdheims Monatsschrift, Band 14, S. 176 f.
Schaps, Das deutsche Seerecht, Kommentar, § 647 Anm. 9.
Jacobi, a. a. O., § 42, 5, S. 552.

stärkere Wirkungen zufallen sollten, als der körperlichen Uebergabe, indem die für das Papier geltenden besonderen Rechtssätze auf den durch die Papierübergabe vermittelten Erwerb dinglicher Rechte angewendet werden und das Eigentum am Papier das Eigentum am Gute nach sich ziehen sollten. Das Papier ersetzt nur das Gut, während im übrigen für die Bestellung von Sachenrechten am Gute die sachenrechtlichen Regeln maßgebend sind. Kann daher die Uebergabe des Gutes keine dingliche Wirkung herbeiführen, so vermag daran die Uebergabe des Papiers nichts zu ändern, auch wenn das Eigentum am Papier nach den das Wertpapierrecht beherrschenden Grundsätzen übergeht [7]).

Erfolgt die Abtretung des Herausgabeanspruchs ohne Papierübergabe, so bleibt sie völlig wirkungslos und ein Eigentumsübergang findet nicht statt. Es ist dies der Einfluß des Wertpapierrechts, den die Verbriefung des persönlichen Herausgabeanspruchs mit sich bringt. Die bürgerliche Uebertragungsform des § 931 B.G.B. ist daher in ihrer reinen Form unanwendbar geworden; die Uebereignung des Papiers ist zu ihren Voraussetzungen hinzugetreten. Daran ändert nichts, wenn bei mangelnder Papierübergabe eine Abtretungsanzeige an den Papierschuldner erfolgt. Einer derartigen Anzeige will allerdings Staub die Wirkung beilegen, daß der Papierschuldner die Abtretung gelten lassen müsse [8]). Dies kann aber nicht zugegeben werden, wie oben mit eingehender Begründung dargetan wurde. Bevor nicht die Papierübergabe zur Anspruchsabtretung hinzukommt, ist die Rechtsübertragung unwirksam, und eine Abtretungsanzeige wertlos. Der Schuldner darf und braucht nur gegen Vorlegung und Rückgabe des Papiers die Ware auszuhändigen. Anderenfalls ist er nicht davor sicher, von einem gutgläubigen Erwerber des Papiers nochmals in Anspruch genommen zu werden. Er kann sich infolge der Abhängigkeit des Rechtes

[7]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 514.
Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 230 ff.
Jacobi, a. a. O., § 42, 7, S. 553 f.
Langen, Die Kreationstheorie, S. 94.
Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 365 Nr. 3.
Noethling, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 60 f.
Schaps, Seerecht, Kommentar, § 647 Anm. 10.
Staub, Komm. z. H.G.B. III, § 365, Anm. 10, 2.

[8]) Staub, Komm. z. H.G.B. III, § 365, Anm. 10, 3 b letzter Satz und § 364 Anm. 13.
Vgl. Staub-Stranz, Komm. z. Wechsel-O., Art. 9 Anm. 9 und oben S. 36 ff.

an der Ware vom Rechte am Dispositionspapier nur auf den Besitz des Papiers und nicht auf eine Abtretungsanzeige allein verlassen. Ihm gegenüber dient als erstes Legitimationsmittel der Besitz des Papiers. Erst bei dessen Vorhandensein ist der Schuldner berechtigt, eine Abtretungsanzeige anstelle einer fehlenden papiermäßigen Legitimation gelten zu lassen.

Sollte eine Uebereignung der verbrieften Ware durch Uebergabe des mit Indossament versehenen Papiers erfolgen, ist aber bei der Indossierung ein Fehler vorgekommen und das Indossament wegen eines Formmangels ungültig, so ist ihre Aufrechterhaltung in der Form der Abtretung des Herausgabeanspruchs mit deren geringeren Wirkungen gestattet [9]). Dabei muß aber die Annahme berechtigt sein, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Indossierung mit einer Abtretung einverstanden gewesen wären. Hiezu genügt nämlich ein formloser Vertrag und eine formlose Uebergabe des Dispositionspapiers.

§ 6.

Die **Verpfändung** durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in einem Orderdispositionspapier verbrieften Waren.

Damit, daß man eine Uebereignung verbriefter Waren durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, verbunden mit der Uebergabe des Papiers zuläßt, muß man auch dazu kommen, eine Pfandbestellung außer durch Indossierung auch durch Anspruchsabtretung unter Papierübergabe zuzulassen [1]). Daß im Gegensatz zur Uebereignung diese Rechtsübertragungsform bei der Verpfändung nur statthaft ist, wenn der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Pfandsache ist, haben wir oben dargelegt. Befindet sich daher der Verpfänder im mittelbaren Besitz der Sache, so ist eine Verpfändung gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger für zulässig zu halten. Diese Uebertragung geht durch Abtretung des schuldrechtlichen Rückgabeanspruchs vor sich, der aber nach Ausgabe eines Dispositionspapiers

[9]) Staub, Kommentar zum H.G.B. III, § 363 Anm. 29, § 365, Anm. 10, 3, c und § 366, Anm. 14, Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, 1911, S. 841, Nr. 7.

[1]) Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 368 Anm. 22 mit § 365, Anm. 10, 3, c.

in diesem verbrieft ist, und dessen Uebertragung deshalb die Uebergabe des Papiers notwendig macht.

Zu einer wirksamen Pfandbestellung nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. bedarf es mithin bei den in einem Orderdispositionspapier verbrieften Waren der Uebergabe des Papiers. Es verhält sich hier genau so, wie bei der Uebereignung nach § 931 B.G.B., daß zwar die dingliche Wirkung ohne Papier b e g e b u n g herbeigeführt werden kann, daß aber doch die Ausstellung eines Papiers die bürgerliche Form der Rechtsübertragung dahin beeinflußt, daß zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes noch die Papierübergabe hinzukommen muß. Ohne Uebertragung des Papiers kommt dem Pfandgläubiger weder der mittelbare Besitz an der Sache noch ein Pfandrecht zu. Ohne Papierübergabe kann sonach eine wirksame Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. nicht vorgenommen werden. Weitere Darlegungen über das Erfordernis der Papierübergabe können mit Rücksicht darauf, daß uns die betreffende Frage bereits eingehender beschäftigt hat, unterbleiben.

Im folgenden sei daher sofort auf eine weitere, zu einer Verpfändung nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. gehörige Voraussetzung eingegangen, die aber infolge der Rechtsnatur der Orderdispositionspapiere bei einer Verpfändung von verbrieften Waren wegfallen kann. Gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. muß nämlich zu einer gültigen Pfandbestellung noch die Anzeige der Verpfändung an den Besitzmittler hinzukommen. Dieses Erfordernis erscheint jedoch infolge der unbedingt gebotenen Uebergabe des Papiers als überflüssig.

Im gewöhnlichen Fall ist, solange die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer noch nicht mitgeteilt ist, dieser in der Lage, an den Verpfänder mit befreiender Wirkung auch gegenüber dem Pfandgläubiger (§ 407 B.G.B.) zu leisten. Erst die Anzeige ist die nach außen hervortretende Tatsache, die das Pfandrecht dem Besitzmittler erkenntlich macht. Allein aus der Anzeige erwächst ihm die Pflicht, nicht mehr an den Eigentümer, sondern nur noch an den Pfandgläubiger die Sache herauszugeben, und diese Verpflichtung ist notwendig, um dem leitenden Rechtsgedanken des geltenden Fahrnispfandrechts gerecht zu werden, nämlich daß der Pfandgläubiger durch die Verpfändung eine möglichst ausschließliche Herrschaftsgewalt über die Pfandsache erhält. Bei der in § 1205 Abs. 2 B.G.B. geregelten Pfandbestellung wird die genannte Verpflichtung durch die Pfandanzeige herbeigeführt. Bei verbrieften Waren kann aber die Aufgabe der Pfandanzeige, die der Sicher-

heit des Pfandgläubigers dient, durch das Papier und seine Uebergabe an den Pfandgläubiger erfüllt werden; denn der Papierschuldner ist verpflichtet, nur noch dem Besitzer des Papiers die Ware auszuliefern. Da bei verbrieften Waren eine Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes wirksam nur geschehen kann, wenn der Pfandgläubiger zugleich das Papier übertragen erhält, so wird dem Verpfänder schon durch die notwendige Papierübergabe unmöglich gemacht, vom unmittelbaren Besitzer die Herausgabe der Sache an sich zu verlangen. Denn er kann sich ja dem Papierschuldner gegenüber nicht mehr durch Vorlegung des Papiers als Berechtigter ausweisen. Die erforderliche Papierübergabe setzt den Verpfänder überhaupt ganz außerstande, die Rechtsstellung des Pfandgläubigers durch eine anderweitige Verfügung über das verpfändete Gut zu schädigen.

Dadurch, daß der Besitzmittler nur dem, der sich mindestens durch den Besitz des Papiers legitimieren kann, die Ware aushändigen darf, erlangt der Pfandgläubiger auch ohne Pfandanzeige, allein schon durch den Papiererwerb eine ebenso gefestigte Rechtsstellung, wie sie ein anderer Pfandgläubiger, an den eine nicht verbriefte Ware durch Anspruchabtretung verpfändet wurde, erst durch die Pfandanzeige an den Drittbesitzer erhält. Denn der Papieraussteller wird durch die Uebergabe des von ihm ausgestellten Dispositionspapiers an den Pfandgläubiger ebenso verpflichtet, nur noch dem Pfandgläubiger, der das Papier in Händen hat, die Ware auszuliefern, wie ein anderer Drittbesitzer durch eine Pfandanzeige verpflichtet wird, nur noch an den in der Anzeige Bezeichneten die Sache herauszugeben. Wird daher der Zweck, den die Pfandanzeige verfolgt, bereits mit der Papierübergabe erreicht, so ist kein Grund einzusehen, weshalb die an sich überflüssige Anzeige bei verbrieften Waren zur Gültigkeit einer unter Uebergabe des Papiers erfolgten Verpfändung noch gefordert werden soll. Denn es kommt doch vor allem darauf an, daß der Zweck, den Pfandgläubiger zu sichern, erreicht wird, während es dabei weniger ausschlaggebend ist, daß er gerade durch die Pfandanzeige herbeigeführt wird. Kann daher bei einer Verpfändung von verbrieften Waren schon durch die Papierübergabe der Pfandgläubiger in ausreichender Weise gesichert werden, so ist eine durch die Rechtsnatur der Dispositionspapiere bedingte Abweichung von der Regel des § 1205 Abs. 2 B.G.B. gerechtfertigt.

Neben der gezeigten Ueberflüssigkeit würde die Pfandanzeige ferner zu einem schwerfällig wirkenden, praktisch unhaltbaren Ergebnis führen. Ihre Beibehaltung würde entschieden den Interessen

des Verkehrs zuwiderlaufen und hätte in Wirklichkeit eine Ausschaltung der Verpfändungsform des § 1205 Abs. 2 B.G.B. für die in Dispositionspapieren verbrieften Waren zur Folge, wenn der Handelsverkehr damit belastet würde, eine Pfandanzeige an den unterwegs befindlichen Schiffer oder Frachtführer abzusenden. In dieser nachteiligen Folge wurde schon von jeher ein Grund zur Ablehnung der streng-relativen Theorie gefunden, nach welcher sich eine Verpfändung selbst bei einer Indossierung des Papiers stets nur gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. vollziehen kann [2]). Ihr Hauptvertreter Makower nannte dieses Ergebnis gleichfalls unerwünscht, hielt aber eine Abhilfe nur im Wege der Gesetzgebung für möglich [3]). Er übersah dabei, daß gerade durch die bei der Verpfändung nötige Papierübergabe die Pfandanzeige ihren Wert verlor.

Zu einer rechtsgültigen Verpfändung einer Ware, über die ein Dispositionspapier ausgestellt ist, gehört sonach die sachenrechtliche Einigung, die Abtretung des Rückgabeanspruchs und die Uebergabe des Papiers, ohne daß es jedoch einer Pfandanzeige an den Drittbesitzer bedürfte [4]). Eine solche ist weder genügend noch notwendig, nachdem die Herausgabe der Waren nur gegen das Papier verlangt werden kann.

Will man demgegenüber die Pfandanzeige bei einer gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. unter Papierübergabe erfolgenden Pfandbestellung nicht fallen lassen, so entsteht allerdings bei fehlender Pfandanzeige kein Pfandrecht an der Ware. Doch kann in einem solchen Pfandvertrag eine Verpfändung der auf Aushändigung des Gutes gehenden Forderung erblickt werden. Denn wie die Rechte aus einem Orderpapier neben der Indossierung auch nach den allgemeinen bürgerlichen Vorschriften über die Uebertragung von Rechten übertragen werden können, so können sie außer der in § 1292 B.G.B. vorgeschriebenen Form der Pfandbestellung durch Einigung und Uebergabe des indossierten Papiers auch nach den allgemeinen Bestimmungen über die Verpfändung von Rechten verpfändet werden [5]). Diese Art der Pfandbestellung erfolgt gemäß den §§ 1273 ff.

---

[2]) Vgl. Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Bd. 3, S. 371,
Schaps, Seerecht, § 647 Anm. 2 und
Staub, Komm. z. H.G.B. § 365, Anm. 10, 1, 3.

[3]) Makower, Komm. z. H.G.B. § 424, II a, S. 1475.

[4]) Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 § 37 S. 447 f. und § 42, S. 547, 553.

[5]) R.G.R.-Komm, III § 1292, 1.
Staudinger, Komm. z. B.G.B. III, 2, § 1292 Anm. 3.
Staub, Komm. z. H.G.B. III § 368, Anm. 17, 18.

B.G.B. durch einen formlosen Vertrag und Uebergabe des nicht indossierten Papiers, wobei nach § 1280 B.G.B. eine Benachrichtigung des Papierschuldners nicht erforderlich ist, weil das Papier mitübergeben werden muß. Da eine wegen unterlassener Pfandanzeige unwirksame Sachverpfändung diesen Erfordernissen genügt, so kann an ihrer Stelle eine Verpfändung des verbrieften Anspruchs angenommen werden, die aber an der Ware keine Rechte erzeugt. Der Pfandgläubiger hat dann nach § 1282 B.G.B. das Recht, mit Eintritt der Pfandreife die in dem Orderdispositionspapier verbriefte Forderung einzuziehen, d. h. die Herausgabe der Sache vom Papierschuldner zu verlangen. Bei Durchsetzung dieses Anspruchs tritt kraft dinglicher Surrogation gemäß § 1287 B.G.B. die Sache an die Stelle der verpfändeten Forderung, und der Pfandgläubiger erlangt dadurch ein Pfandrecht an der Sache [6]). Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers ist sonach bei einer Verpfändung lediglich des verbrieften Herausgabeanspruchs nicht wesentlich schlechter, sofern er sein Recht vom Berechtigten herleitet. Ein Nachteil kann ihm hauptsächlich nur daraus erwachsen, daß ihm der Papierschuldner die Einwendungen, die letzterem gegen den Verpfänder zustehen, entgegenzuhalten befugt ist. War der Verpfänder allerdings nicht der Eigentümer des Gutes, so kann auch eine schlichte Verpfändung des Herausgabeanspruchs nicht stattfinden, weil dann der Verpfänder ein Nichtberechtigter und dem Rechtspfandrecht der Schutz des guten Glaubens fremd ist.

Hält man die Pfandanzeige nicht für nötig, so ergibt sich, daß ein Unterschied zwischen einer Sachverpfändung durch Anspruchsabtretung und einer Verpfändung lediglich der im Papier verkörperten Forderung nach außen nicht hervortritt. In beiden Fällen erfolgt regelmäßig äußerlich erkennbar nur die Uebergabe des Papiers. Ob damit nur die Abtretung der verbrieften Forderung gemeint war, oder ob sich damit auch noch die sachenrechtliche Einigung über die Verpfändung der verbrieften Ware verbunden hat, liegt allein in der Willensrichtung der Parteien. Im Zweifelsfalle ist aber anzunehmen, daß als Gegenstand der Verpfändung nicht der Anspruch auf Auslieferung des Gutes, sondern das Gut selbst gemeint ist [7]).

[6]) Jacobi, a. a. O., § 42 S. 561.
Staub, Komm. z. H.G.B. III, § 368, Anm. 77.

[7]) Düringer-Hachenburg, Komm. z. H.G.B. II, Vorb. z. § 368 Anm. 51.
Planck, Komm. z. B.G.B. § 1292, 2.
Sie erwähnen allerdings nur den Fall einer Verpfändung durch Uebergabe des indossierten Papiers, wo gleichfalls eine Verpfändung des Papiers oder der Sache in Frage kommen kann und äußerlich nicht ohne weiteres erkennbar ist.

Da das Konnossement in mehreren Exemplaren ausgestellt werden kann, erhebt sich hier die Frage, ob zu einer Verpfändung die Uebergabe nur eines Konnossements ausreicht. Daß unter Uebergabe des Konnossements im Sinne des § 647 H.G.B. die Uebergabe auch nur eines von mehreren Konnossementen zu verstehen ist, ergeben die §§ 648, 649 H.G.B. Sie regeln die Fälle, in denen mehrere Konnossementsinhaber dingliche Rechte an den Gütern geltend machen, was aber nur möglich ist, wenn bereits der Uebergabe nur eines Konnossements dingliche Wirkung zukommt. Während diese Ansicht für die Uebereignung allgemein anerkannt ist[8]), blieb sie hinsichtlich der Verpfändung nicht unbestritten. M. Wolff und andere[9]) fordern nach Ausstellung mehrerer Konnossemente ganz allgemein zur Pfandbestellung die Uebergabe sämtlicher Exemplare, da die Zulässigkeit der Verpfändung durch Uebergabe nur eines Konnossements mit den bürgerlichen Grundsätzen unvereinbar sei. M. Wolff geht davon aus, daß nach § 645 H.G.B. der Schiffer verpflichtet ist, dem legitimierten Inhaber auch nur eines Konnossements die Güter auszuliefern, und lehrt im Anschluß daran, daß bei Zurückbehaltung eines anderen Exemplars durch den Verpfänder in dessen Hand noch eine tatsächliche Einwirkungsmacht auf die Pfandsache vorhanden sei, welche die Entstehung eines Pfandrechts nach den bürgerlichen Verpfändungsgrundsätzen hindere.

Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, daß ihr zufolge dem Eigentümer die Möglichkeit genommen ist, mittels eines anderen Exemplars über die verpfändete Ware in einer dem Pfandrecht nicht widerstreitenden Weise zu verfügen, z. B. das Eigentum an der Sache auf einen anderen zu übertragen. Darin liegt jedoch ein Hauptzweck der Ausstellung mehrerer Konnossemente, der durch das Erfordernis der Uebergabe sämtlicher Exemplare vereitelt würde[10]). „Mit dieser Forderung bricht man dem Konossementsinstitut die praktische Spitze ab und setzt sich zugleich in Gegensatz zum Handelsgesetzbuch, welches durch seine eingehenden Bestimmungen über die Mehrheit von Konnossementen deren herkömmlichen

[8]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 185, IV, 2 b, S. 509.
Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 235 f., 345 f.
Schaps, Seerecht, Kommentar, § 647, Anm. 8.

[9]) Wolff, in Z.H.R., Band 58, S. 623;
ebenso Jacobi, a. a. O., § 42 S. 549.
Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, S. 303.
Cosack, a. a. O.

[10]) Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 236 und 346.

Gebrauch im Handel sichern will.“ [11]). Da überdies auf jedem Konnossement gemäß §§ 642 Abs. 2, 643 Ziff. 10 HGB. die Zahl der ausgestellten Exemplare vermerkt sein muß, ersieht jeder Erwerber aus dem ihm übergebenen Exemplar, ob und wieviele andere Konnossemente noch vorhanden sind, und er kann dann der ihm drohenden Gefahr, daß ihm ein anderer Konnossementsbesitzer mit der Geltendmachung des verbrieften Rechts zuvorkommt und sein Recht am Gute vereitelt, vorzubeugen versuchen.

Zur Ablehnung der Ansicht Wolffs führt insbesondere die Regelung der Rechtsverhältnisse mehrerer Konnossementsinhaber in den §§ 648, 649 H.G.B. In beiden Bestimmungen hat das Gesetz Fälle im Auge, wo mehreren Konnossementsinhabern dingliche Rechte an den Gütern zustehen. Aus § 648 H.G.B. geht hervor [12]), daß der Gesetzgeber bei Abfassung dieser Vorschrift auch an Fälle gedacht hat, in denen die Rechte verschiedener Konnossementsinhaber sich nicht ausschließen, sondern mit einander verträglich sind. Diese Bestimmung regelt nicht nur die Fälle, in denen mehrere Konnossementsinhaber vorhanden sind, von denen jeder behauptet, Eigentümer zu sein, sondern auch die Fälle, in denen ein Pfandrecht und das Eigentum oder zwei Pfandrechte miteinander zusammentreffen. Darauf weisen die Worte „zum Nachteile“ deutlich hin. Denn damit wollte das Gesetz sagen, daß durch die Prävention nur solche Rechte ausgeschlossen sind, die dem Rechte des Prävenienten widerstreiten, während ein damit verträgliches Recht nicht untergeht. Zwingt man aber den Eigentümer bei der Verpfändung den ganzen Satz der Konnossemente zu übergeben, so engt man dadurch das Anwendungsgebiet des § 648 H.G.B. ganz bedeutend ein. Denn bei Geltendmachung eines Pfandrechts durch den Pfandgläubiger gibt es dann überhaupt keinen Konnossementsinhaber mehr, der ein anderes mit dem Pfandrecht vereinbares Recht verfolgen könnte. Nach der gegenteiligen Ansicht ist es sonach ausgeschlossen, daß sich verschiedene Konnossementsinhaber gegenüberstehen, von denen der eine ein Pfandrecht, der andere das Eigentum oder von denen jeder ein Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen will. Danach würde der § 648 H.G.B. solche

[11]) Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtl. Traditionspapiere, S. 175.
Gegen die von Wolff, Jacobi, Brütt vertretene Ansicht auch Schaps, Seerecht, Komm. § 647 Anm. 8.
Staub, Komm. z. H.G.B., III, § 368 Anm. 19 und
Noethling, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, S. 71 f.

[12]) Vgl. oben S. 8.

Fälle, in denen ein anderes Recht nur nicht zum Nachteil des Prävenienten verfolgt werden kann, nicht umfassen. Es fragt sich dann, welche praktische Bedeutung dem § 648 H.G.B. im großen und ganzen noch zukommt. Ferner kann mit Recht angenommen werden[13]), daß bei den in § 649 H.G.B. erwähnten einander entgegenstehenden Rechten, die von mehreren Konnossementsinhabern vor ordnungsmäßiger Auslieferung des Gutes an einen von ihnen geltend gemacht werden, ein Pfandrecht zusammen mit dem Eigentumsrecht nicht ausgeschlossen sein soll. Dies setzt aber dann voraus, daß zur Pfandbestellung nicht die Uebergabe sämtlicher Exemplare erforderlich ist. Aus den §§ 648, 649 H.G.B. ergibt sich daher der Beweis für die — auch von M. Wolff an sich als möglich anerkannte — Durchbrechung des bürgerlichen Grundsatzes, daß eine Verpfändung, „bei welcher der Verpfänder eine tatsächliche Einwirkungsmacht auf die Pfandsache behält", unzulässig sei. Die angeführten Gründe rechtfertigen demnach die Annahme einer Abweichung dahin, daß auch zu einer Verpfändung der Konnossementsware die Uebergabe nur eines Exemplars ausreichend ist. Daran ändert freilich nichts, daß im täglichen Leben der Pfandgläubiger sich regelmäßig vorsichtshalber sämtliche Exemplare übergeben läßt.

Die Schriftsteller, die vom Standpunkt der absoluten Theorie aus die Uebereignung durch Anspruchsabtretung, verbunden mit der Papierübergabe, für unzulässig erklären, müssen folgerichtig auch einer Verpfändung in dieser Weise ablehnend gegenüberstehen. Aber auch Düringer-Hachenburg[14]), der auf dem Boden der Repräsentationstheorie steht, hält eine ohne Indossierung gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. geschehene Pfandbestellung mit dem Zweck des Dispositionspapiers für unverträglich, weil der Papieraussteller nur für den legitimierten Papierinhaber besitzen wolle. Dies dürfte jedoch unzutreffend sein. Freilich kann, wie wir gesehen haben, die Verpfändungsform des § 1205 Abs. 2 B.G.B. keine unveränderte Anwendung erfahren, doch ist sie bei begleitender Uebergabe des Papiers für zulässig zu halten. Denn der Papierschuldner will für den Papierberechtigten besitzen. Als solchen darf er zwar den aus dem Papier Legitimierten ohne Prüfung seiner materiellen Berechtigung behandelt. Aber auch wenn einem Papierinhaber eine Papierlegitimation fehlt, so hat der Papierschuldner dennoch, falls ihm jener den nicht durch papiermäßige Uebertragung erfolgten Rechts-

[13]) Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 346.
[14]) Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B. II, Vorbem zu § 368, Anm. 51, S. 658.

erwerb nachweist, diesen Rechtsübergang gelten zu lassen und auch einen solchen Papierinhaber als Berechtigten zu behandeln. Denn daraus erwächst dem Papierschuldner kein Nachteil, da ihm der Papierinhaber selbst seine materielle Berechtigung unter Vorlegung des Papiers darzutun hat[15]). Schließlich muß man, wenn man die Uebertragung von gewöhnlichen Orderpapieren durch Forderungsabtretung für zulässig hält[16]), auch bei einem Orderdispositionspapier die Abtretung des Herausgabeanspruchs unter schlichter Papierübergabe folgerichtig zulassen. Denn bei einem einfachen Orderpapier ließe sich gleichfalls einwenden, daß der Papierschuldner nur an den legitimierten Papierinhaber leisten wolle.

In ihrer Wirkung ist eine Verpfändung durch Uebergabe des nicht oder, was dem gleichzustellen ist, des nicht richtig indossierten Papiers im Vergleich zu einer Verpfändung durch Uebergabe des mit Indossament versehenen Papiers ebenso schwächer, wie dies bei den besprochenen verschiedenen Uebereignungsformen der Fall ist. Der Hauptunterschied liegt darin, daß bei der Pfandbestellung mittels Indossierung an einen Gutgläubigen das so begründete Pfandrecht gemäß § 1208 B.G.B. sämtlichen anderen bereits auf der Sache lastenden Rechten Dritter vorgeht, selbst dem Recht des unmittelbaren Besitzers, während dagegen bei der Verpfändung durch Anspruchsabtretung infolge entsprechender Anwendung des § 936 Abs. 3 B.G.B. das ältere dingliche Recht des unmittelbaren Besitzers auch einem redlichen Pfanderwerber gegenüber nicht untergeht[17]).

§ 7.

3. Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes bei den in Inhaber- und Rektadispositionspapieren verbrieften Waren.

Nach den Orderpapieren sind als nächste Gruppe der Wertpapiere die Inhaberpapiere zu erwähnen. Obwohl die Ausstellung des Konnossements, Lade- und Lagerscheins als Inhaber-

[15]) Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch, IV, 1, § 38, S. 466.
[16]) Diese Ansicht teilt auch Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B. II, § 364, III g, S. 583.
[17]) Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 366, Anm. 14 und § 368, Anm. 30.
Vgl. oben S. 42 Anm. 6.

papier statthaft ist[1]), sind die Dispositionspapiere doch als Inhaberpapiere im Verkehr nicht gebräuchlich. Außerdem kommt einem Inhaberlagerschein überhaupt keine dingliche Wirkung zu, da § 424 H.G.B. nur dem an Order gestellten Lagerschein einer staatlich zur Ausstellung ermächtigten Anstalt dingliche Rechtskraft zubilligt. Damit, daß ein Inhaberlagerschein, dessen Ausstellung übrigens nicht von einer staatlichen Ermächtigung abhängt, keine selbständige sachenrechtliche Bedeutung hat, ist aber nicht gesagt, daß nicht in der Uebergabe eines Inhaberlagerscheins die Parteiabsicht verwirklicht liegen könne, die eingelagerte Ware zu veräußern oder zu verpfänden. Freilich ist die Uebergabe des Inhaberlagerscheins hinsichtlich der dinglichen Wirkungen nicht der körperlichen Uebergabe des Gutes gleichgestellt, sondern sie kann nur als eine Abtretung des Herausgabeanspruchs aufgefaßt werden. Liegt daher eine entsprechende sachenrechtliche Einigung der Parteien vor, so vollzieht sich ein Eigentumsübergang in der Form des § 931 B.G.B. und nicht gemäß § 929 B.G.B., eine Verpfändung in der von § 1205 Abs. 2 B.G.B. vorgeschriebenen Weise und nicht nach § 1205 Abs. 1 B.G.B.[2]).

Der Inhaberladeschein und das Inhaberkonnossement dagegen weisen die besondere dingliche Wirkung der §§ 450, 647 H.G.B. auf. Danach geschieht die Bestellung von Sachenrechten an den in Inhaberdispositionspapieren verbrieften Waren durch Uebergabe des Papiers verbunden mit dem auf Eigentumsübertragung oder Pfandbestellung gerichteten Parteiwillen. Da bei Inhaberpapieren der Berechtigte schon durch den Besitz des Papiers allein

---

[1]) Brütt, Die abstrakte Forderung, S. 305.
Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B., § 424, Anm. 2, S. 789 f.; § 445, Anm. 3, S. 903.
O. Chr. Fischer, Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs, S. 299.
Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch, IV, 1, § 42, S. 558.
Lehmann-Ring, Komm. z. H.G.B. § 424, Nr. 1 u. 2. S. 302.
Makower, Komm. z. H.G.B., § 424, I a, 2, S. 1469; § 445, II b, S. 1563.
Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht I, S. 298.
Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch, III, 3, Band 3, S. 247 f.
Schaps, Seerecht, Komm., § 642, Anm. 8.
Staub, Komm. z. H.G.B., § 424 Anm. 8, § 445 Anm. 3.

[2]) Beling, Der Inhaberlagerschein im Verkehr und im Konkursfall, in Z.H.R., Band 58, S. 194 ff.
Heilbrunn, Inhaberlagerscheine, in Holdheims Monatsschrift, Band 14, S. 175 f.

legitimiert ist und keiner weiteren schriftrechtlichen Legitimation bedarf, wird bereits durch die schlichte Papierübergabe die gleiche Wirkung erzielt, wie wenn das verbriefte Gut körperlich übergeben worden wäre. Neben dieser besonderen handelsrechtlichen Rechtsübertragungsform kommen aber auch die Uebertragungsarten des bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Dies muß für die Inhaberdispositionspapiere ebenso gelten, wie für die an Order gestellten Dispositionspapieren. Es können daher an den in Inhaberdispositionspapieren verbrieften Waren dingliche Rechte gleichfalls durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes und durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes bestellt werden.

Bei der letzteren Rechtsübertragungsform zeigen sich infolge der Wertpapiernatur der Dispositionspapiere dieselben Abweichungen gegenüber der Regel des bürgerlichen Rechts, wie bei den Orderdispositionspapieren. Infolge der Verbriefung des persönlichen Herausgabeanspruchs im Papier wird auch hier die Uebergabe des Papiers zur unbedingten Voraussetzung der Bestellung von Sachenrechten. Bei Inhaberpapieren ist sogar das Band zwischen Recht und Papier noch viel enger als bei Orderpapieren; denn bei den ersteren entscheiden über das Recht allein die Regeln des Fahrnisrechts. Ohne Uebertragung des Papiers kann sonach der Herausgabeanspruch und damit der mittelbare Besitz nicht übertragen werden, und eine Uebereignung oder Verpfändung ohne Papierübergabe ist genau so wirkungslos, wie bei den Orderdispositionspapieren. Auch im übrigen weisen die Eigentumsübertragung und Pfandbestellung durch Anspruchsabtretung bei Inhaberdispositionspapieren die gleichen Besonderheiten auf. Es gilt daher das schon oben für die Orderdispositionspapiere Ausgeführte. So bedarf es namentlich bei einer Verpfändung keiner Pfandanzeige an den Drittbesitzer und, falls mehrere Inhaberkonnossemente ausgegeben sind, reicht zur wirksamen Pfandbestellung die Uebergabe *eines* Konnossements aus. Es ist nur zu beachten, daß eine Rechtsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, verbunden mit der Uebergabe des Inhaberdispositionspapiers, sich von der gewöhnlichen Rechtsübertragung nach den §§ 450, 647 H.G.B. äußerlich nicht unterscheidet. Sofern jedoch ein anderer Wille der Parteien nicht aus besonderen Umständen zu entnehmen ist, wird anzunehmen sein, daß eine Rechtsübertragung mit der besonderen dinglichen Wirkung der Papierübergabe gewollt war.

Bei der dritten Gattung der Wertpapiere, den *Rektapapieren*, besteht zwischen Recht und Papier keine so enge Verbindung, wie bei den beiden anderen. Die Uebertragung eines

in einem Rektapapier verbrieften Rechts erfolgt allein nach den Grundsätzen der bürgerlichen Forderungsabtretung (§§ 398, 413 B.G.B. [3]), und bei der Erfüllung trifft den Papierschuldner die Pflicht, die materielle Berechtigung des Gläubigers zu prüfen. Zwar braucht auch der Aussteller eines Rektapapiers nur gegen Vorlegung und Aushändigung des Papiers zu leisten, aber er kann sich auf den Besitz des Papiers oder auf eine rein formelle, durch das Papier vermittelte Legitimation des Gläubigers nicht verlassen. Das Rektapapier vermag keine Legitimation durch das Papier zu verschaffen, und die Berechtigung des Gläubigers geht aus Umständen hervor, die außerhalb der Urkunde liegen, und keinen wertpapiermäßigen, schriftmäßigen Ausdruck gefunden haben. Aus diesem Grund entbehren auch die Rektadispositionspapiere der dinglichen Rechtskraft.

Der Rektalagerschein ist zwar von vornherein als Dispositionspapier ausgeschlossen, da nur der von staatlich hiezu ermächtigten Anstalten ausgegebene Orderlagerschein die sachenrechtliche Verwendbarkeit aufweist. Aber auch der Rektaladeschein und das Rektakonnossement ist nicht geeignet, durch seine Uebergabe dingliche Rechte in derselben Weise zu übertragen, wie es durch die körperliche Uebergabe der verbrieften Ware geschehen würde. Denn das Handelsgesetzbuch verlangt für die Uebereignungskraft der Dispositionspapiere die Uebergabe an denjenigen, der durch das Papier zur Empfangnahme legitimiert wird, d. h. wenn es sich um ein Orderpapier handelt, an den Indossatar, während es der bloßen Uebergabe an einen Zessionar die dem Papier sonst eigentümliche dingliche Wirkung nicht zubilligt. Nur wenn der Erwerber des Papiers wertpapiermäßig legitimiert ist, kann er zugleich so dinglich Berechtigter werden, wie ein unmittelbarer Besitzer des

[3]) Ob zur Abtretung noch die Uebergabe des Papiers hinzutreten muß, ist bestritten; vgl. Staub, Kommentar z. H.G.B. III, Anhang zu § 365, Anm. 1.

Dafür: Gierke, Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch, II, 3, Band 2, § 108, V, Anm. 53, S. 117 u. § 110, VI, Anm. 26, S. 136.

Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 S. 440 ff.

Langen, Die Kreationstheorie, S. 107 f.

Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 341.

Dagegen: Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 1, § 130, III, S. 477 f.

Wolff, Sachenrecht, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, § 65, III, 3, S. 198 u. § 75, II, a. E., S. 234.

Gutes [4]). Da aber ein Rektapapier nur auf dem gewöhnlichen Weg der Forderungsabtretung übertragen werden kann und ohne papiermäßige Legitimation erworben wird, bleibt es von der besonderen Wirkung der Dispositionspapiere ausgeschlossen. Dabei nützt es auch nichts, wenn die Abtretungserklärung, vielleicht sogar in Form eines Indossaments, auf das Papier gesetzt wird; dem kann nur die Fähigkeit zugesprochen werden, als Beweismittel für die Abtretung zu dienen. „Denn der Erwerber wird nicht durch das Konnossement, sondern nur durch eine auf das Konnossement gesetzte Erklärung allgemein bürgerlich-rechtlicher Art zur Empfangnahme legitimiert" [5]). Für den Erwerb von dinglichen Rechten an den in einem Rektadispositionspapier verbrieften Waren kommen daher nur die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung, und eine Papierübergabe kann nur als Abtretung des Herausgabeanspruchs aufgefaßt werden; sie kann nie die Wirkungen einer körperlichen Uebergabe äußern [6]). Pappenheim begründet dieses Ergebnis mit den treffenden Worten: „Eben die schriftrechtliche Legitimation des Konnossementsinhabers ist es, die einer tatsächlichen Gewalt über die Güter am nächsten kommt. Sie steht zur Gläubigerschaft aus dem Konnossement in einem ähnlichen Verhältnis, wie der Besitz der Güter zu den Rechten an ihnen."

Die im Thema gestellte Frage bleibt demnach bei Rektadispositionspapieren außer Betracht, da ihnen die besondere handelsrechtliche Wirkung der Uebergabe von Dispositionspapieren nicht zukommt.

---

[4]) Brütt, a. a. O., S. 293.
Lehmann-Ring, Kommentar z. H.G.B., § 424, Nr. 10, S. 303 und § 450, S. 368.
Mittelstein, a. a. O., I S. 307.
Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 351.
Staub, Kommentar z. H.G.B., III, § 363 Anm. 37 und 365, Anm. 11.
A. M. Schaps, Seerecht, Komm., § 647, Anm. 7 und
Makower, Kommentar z. H.G.B. § 424, I, c, 2, S. 1472.

[5]) Pappenheim, a. a. O., Band 3, § 23 Anm. 3, S. 351.

[6]) Mittelstein, in Ehrenbergs Handbuch VII, 1, § 30, S. 147.
Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht, Band 2, S. 326.
Pappenheim, a. a. O., Band 3, S. 341, 351.
Staub, Kommentar z. H.G.B. IV, § 450 Anm. 1.

III.

§ 8.

Die Anwendung der übrigen Sachenrechtsübertragungsformen bei den in Dispositionspapieren verbrieften Waren.

Mit wenigen Worten sei noch auf die restlichen bürgerlichen Sachenrechtsübertragungsformen, die bei verbrieften Waren weniger von Bedeutung sind, eingegangen und ihre Zulässigkeit neben der Papierbegebung und ihre Ausgestaltung bei einer Uebereignung oder Verpfändung untersucht.

Außer der körperlichen Uebergabe und der Anspruchsabtretung dient nach den §§ 929 Satz 2, 1205 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. zur Bestellung von Sachenrechten die Uebergabe kurzer Hand. Sie gewinnt dann am häufigsten praktische Bedeutung, wenn die Sache vom bisherigen mittelbaren Besitzer dem Besitzmittler übereignet oder verpfändet wird, und der Fall, daß ein Eigentümer die verbriefte Ware dem Papieraussteller veräußern oder verpfänden will, ist durchaus denkbar. Nachdem gegen die ersten beiden Uebertragungsformen neben der Papierbegebung nichts einzuwenden war, kann auch dieser Rechtsübertragungsart nichts im Wege stehen. Eine andere Frage ist es jedoch, ob nach Ausgabe eines Dispositionspapiers nicht die Papierübergabe erforderlich wird.

Zu einer Eigentumsübertragung durch Uebergabe kurzer Hand genügt aber auch bei verbrieften Waren die bloße Einigung zwischen Eigentümer und Erwerber. Eine Papierübergabe ist hier ebensowenig, wie bei der körperlichen Uebergabe, erforderlich. Zwischen der Uebergabe kurzer Hand und der körperlichen Uebergabe besteht nämlich ein so geringer Unterschied, daß eine verschiedene Behandlung der beiden Rechtsübertragungsformen, jedenfalls hinsichtlich der Eigentumsübertragung, nicht gerechtfertigt wäre. Ein Unterschied liegt nur darin, daß bei der Uebergabe kurzer Hand der Erwerber die tatsächliche Gewalt schon über die Sache ausübt. Der Erwerber wird daher gleichfalls durch den unmittelbaren Besitz sachenrechtlich legitimiert, der diesfalls nur bereits vor der sachenrechtlichen Einigung der Parteien übergegangen ist. Diese Legitimation ist aber, wie oben bei den Ausführungen über die körperliche Uebergabe nachgewiesen wurde, so stark, daß sie einer Ergänzung durch das Papier entraten kann.

Veräußert sonach der Eigentümer oder ein Nichtberechtigter, an dessen Eigentum oder Verfügungsbefugnis der Papierschuldner ohne grobe Fahrlässigkeit glaubt, die verbriefte Ware an den Papieraussteller, so erwirbt dieser Eigentum ohne Rückgabe des Papiers. Dadurch wird das Rechtsverhältnis, vermöge dessen er dem Veräußerer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet war, aufgehoben; der Papieraussteller wird aus einem Fremdbesitzer zum Eigenbesitzer. Mit dem Aufhören des vermittelnden Besitzes des Papierschuldners, der die Grundlage für die sachenrechtliche Verwendbarkeit des Papiers bildete, erlischt dessen Traditionskraft. Wird das Papier danach vom Veräußerer, der es noch in Händen hat, zwecks Uebereignung oder Pfandbestellung weiterbegeben, so bleibt diese Rechtshandlung ohne dingliche Wirkung. Aber auch wenn durch die Weiterbegebung des Papiers die dingliche Rechtsstellung des Papierausstellers nicht beeinträchtigt werden kann, so bleibt er doch schuldrechtlich aus dem Papier fernerhin verhaftet, und ein redlicher Erwerber des Papiers kann von ihm Erfüllung des im Papier gegebenen Versprechens fordern. Dies wird daher den Papierschuldner stets veranlassen, sich sicherheitshalber das Papier aushändigen zu lassen.

Anders dagegen ist eine Verpfändung durch Uebergabe kurzer Hand zu behandeln; hier muß die Uebergabe des Papiers gefordert werden[1]). Denn angenommen, die verbriefte Ware werde durch Uebergabe kurzer Hand an den Papierschuldner verpfändet, so geht hier das Besitzmittlerhältnis zwischen Papierschuldner und Papierberechtigten nicht unter, sondern es wird durch Hinzutritt des Pfandverhältnisses noch verstärkt. Die Traditionskraft des Papiers wird sonach nicht aufgehoben, sondern sie besteht weiter. Der Verpfänder wäre daher, wollte man die Papierübergabe nicht verlangen, noch in der Lage, das in seinen Händen befindliche Papier an einen Dritten mit dinglicher Wirkung zu begeben. Wäre die Weiterbegebung zwecks Eigentumsübertragung erfolgt und der Drittserwerber in gutem Glauben, so ginge mit der Uebereignung das zuvor bestellte Pfandrecht des Papierschuldners unter, da die Papierbegebung kraft Gesetzes dieselben Wirkungen, wie die körperliche Uebergabe, hat und deshalb das Recht eines Dritten an der Sache gemäß § 936 Abs. 1 B.G.B. zum Erlöschen bringt. Die dem Papierschuldner eingeräumte Rechtsstellung wäre damit vereitelt. Aehnlich verhielte es sich, wenn die Weiterbegebung nur von dem

[1]) O. Chr. Fischer, Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs, S. 292.

Willen einer Pfandbestellung getragen wäre. Diesfalls hätte, den guten Glauben des zweiten Pfanderwerbers vorausgesetzt, das neubestellte Pfandrecht vor dem älteren des Papierschuldners entsprechend § 1208 B.G.B. den Vorrang. Aus dem Gesagten geht also hervor, daß, wenn das Papier bei der Verpfändung dem Papierschuldner nicht übergeben wird, der Verpfänder noch eine ausschließliche Verfügungsgewalt über das verpfändete Gut hat, und dieses Ergebnis würde zu dem Grundsatz des Fahrnispfandrechts in offenen Widerspruch treten, nach dem der Pfandgläubiger möglichst die ausschließliche, mindestens aber eine mit dem Verpfänder gemeinschaftliche Herrschaftsgewalt über die Pfandsache erhalten muß.

Wird sonach die verbriefte Ware dem Papierschuldner verpfändet, so erwirbt er — beim Erwerb von einem Nichtberechtigten den erforderlichen guten Glauben vorausgesetzt — ein gültiges Pfandrecht nur, wenn er zugleich das Papier mitübertragen erhält. Wiewohl der Papierschuldner den Pfandgegenstand selbst im unmittelbaren Besitz hat, kann bei dieser Verpfändungsform dennoch ohne Papierübergabe ein Pfandrecht infolge der Rechtsnatur des ausgegebenen Papiers und infolge der dem Pfandbesteller sonst mit dem Papier verbleibenden Verfügungsgewalt nicht wirksam bestellt werden.

Eine weitere Uebereignungsart, bei welcher, wie bei der Uebergabe kurzer Hand, die Sache ihren Platz nicht zu ändern braucht, ist das Besitzkonstitut gemäß § 930 B.G.B. Diese Uebereignungsweise, die auch bei verbrieften Waren Anwendung finden kann, ist jedoch hier ohne besondere praktische Bedeutung [2]).

Bei der Uebereignung durch Besitzkonstitut sind zwei Fälle auseinander zu halten, je nachdem der Veräußerer unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer der Sache ist. Der Fall, daß er sich im unmittelbaren Besitz befindet, ist bei verbrieften Waren überhaupt ausgeschlossen. Denn diese müssen sich bei einem vom Eigentümer verschiedenen Lagerhalter, Frachtführer oder Schiffer befinden, da Voraussetzung für die Wirksamkeit der Dispositionspapiere ist, daß nicht der Befrachter oder Einlagerer oder ein späterer Papierberechtigter die Waren im unmittelbaren Besitz hat und für

---

[2]) Sie scheint auch in der einschlägigen Literatur noch keine Beachtung gefunden zu haben.

den Papierschuldner Besitzmittler ist[3]). Das Besitzkonstitut kann aber auch Anwendung finden, wenn der Veräußerer nur mittelbarer Besitzer ist, und es kann dadurch die Uebertragung des mittelbaren Besitzes ersetzt werden[4]). In den Fällen nämlich, wo der Erwerber bei einer tatsächlich an ihn erfolgten Besitzübertragung den Besitz der Sache sogleich wieder dem Veräußerer zurückübertragen müßte, kann unter Anwendung des Besitzkonstituts die doppelte Besitzübertragung unterbleiben. Es genügt danach die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, demzufolge der Veräußerer dem Erwerber einen oberstufigen mittelbaren Besitz einräumt. Eine solche Eigentumsübertragung ist bei verbrieften Waren dann denkbar, wenn der Eigentümer die Waren übereignen und sich zugleich ein Pfandrecht daran vorbehalten will. Zu einer derartigen Uebereignung genügt die sachenrechtliche Einigung der Parteien und die Vereinbarung des Besitzmittlerverhältnisses; es bedarf aber nicht deshalb, weil die Waren in einem Dispositionspapier verbrieft sind, noch der Uebergabe des Papiers. Die Uebereignung vollzieht sich genau in der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Form. Der Veräußerer darf sogar in dem angegebenen Beispiel niemals das Papier dem Erwerber übergeben, will er sich nicht des vorbehaltenen Pfandrechts begeben. Denn er als nunmehriger Pfandgläubiger muß das Papier in seinem Besitz haben genau so, wie wenn ihm das Pfandrecht durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes nach § 1205 Abs. 2 B.G.B. von dem neuen Eigentümer bestellt worden wäre. Nur die Innehabung des Papiers gibt ihm die Stellung eines Pfandgläubigers, indem nur so dem Verpfänder jegliche Verfügungsgewalt über die Pfandsache genommen ist.

Die Verwendung des Besitzkonstituts zur Bestellung eines Pfandrechts ist ausgeschlossen, um dadurch die Einräumung unerkennbarer Pfandrechte zu verhindern. Dagegen kann bei einer Verpfändung die körperliche Uebergabe durch Verschaffung des Mitbesitzes zur gesamten Hand gemäß § 1206 B.G.B. ersetzt werden[5]). Dabei sind wieder die beiden Fälle zu unterscheiden,

[3]) Lehmann-Ring, Kommentar z. H.G.B. § 424 Nr. 7 S. 302.
Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht, Band I, S. 307.
Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch III, 3, Band 3, S. 347.
Schaps, Seerecht, § 647 Anm. 4.
Staub, Komm. z. H.G.B. IV, § 424, Anm. 5; § 450, Anm. 1.

[4]) Planck, Komm. z. B.G.B. III § 930 Anm. 2.
R.G.R.-Kommentar III, § 930, 2.
Staudinger, Komm. z. B.G.B. III, 1 § 930, 1 b δ

[5]) Diese Verpfändungsform scheint noch keine Beachtung gefunden zu haben.

ob der Verpfänder unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer der Sache ist. Da, wie erwähnt, der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer der verbrieften Waren sein darf, so kann hier nur die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes in Frage kommen. Dazu gehört, daß der Pfandgläubiger Mitberechtigter des Dispositionspapiers wird, sodaß nur beide gemeinschaftlich das Papier dem Papierschuldner vorlegen und die Ware ausgehändigt erhalten können.

IV.

§ 9.

Die Uebertragung dinglicher Rechte an verbrieften Waren ohne Uebergabe des Dispositionspapiers durch Anwendung der Uebergabeersatzmittel anstelle der unmittelbaren Uebergabe des Papiers.

Bei Prüfung der Frage, wie die einzelnen bürgerlichen Rechtsübertragungsformen, die wir neben der Papierbegebung für zulässig gehalten haben, sich ausgestalten, haben wir festgestellt, daß in einigen Fällen, so namentlich bei der Uebertragung des mittelbaren Besitzes, die bürgerliche Form von der Uebergabe des, wenn auch nicht indossierten, Papiers begleitet sein müsse. Dabei sind wir stets von dem Regelfall ausgegangen, daß das Papier körperlich übergeben wird. Doch ist es nicht unbedingte Voraussetzung, daß der unmittelbare Besitz am Papier übertragen wird. Um Berechtigter aus dem Papier und damit zugleich am Gute zu werden, ist nur erforderlich, Eigentümer des Papiers zu sein. Es reichen daher sämtliche nach den Grundsätzen des Fahrnisrechts als Uebergabeersatz zulässigen Mittel zur Uebereignung des Papiers aus[1]).

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, in Bindings Handbuch II, 3, Band 2 S. 169.
Jacobi, in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 § 42 S. 548.
Makower, Komm. z. H.G.B. § 424, Ic, S. 1471.
Pappenheim, Seerecht, in Bindings Handbuch, III, 3, Band 3, S. 351.
Schwabe, Die Abtretung der in vollkommenen Orderpapieren verbrieften Rechte, S. 22 f.
Staub, Kommentar z. H.G.B. II, § 222 Anm. 7.
Staub-Stranz, Komm. z. Wechsel-O. Art. 9, Anm. 9.
Wolff, Sachenrecht, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, § 65, III, 1 u. 2, S. 197 f.
A. M. Lehmann-Ring, Komm. z. HGB. § 424, Nr. 9, S. 303 u. Schaps, Seerecht, § 647, Anm. 6.

Ueberall, wo bisher zur Herbeiführung dinglicher Wirkung die Papierübergabe gefordert wurde, ist es also rechtlich möglich, ein dingliches Recht an der Ware unter Verwendung der Uebergabe kurzer Hand oder eines Uebergabeersatzmittels anstelle der körperlichen Uebergabe des Papiers zu bestellen. Damit zeigt sich weiter eine große Anzahl von Möglichkeiten, wie eine Uebertragung von Sachenrechten an verbrieften Waren nicht nur ohne Begebung, sondern überhaupt ohne körperliche Uebergabe des Papiers von statten gehen kann.

Will z. B. der Eigentümer die Ware an den Pfandgläubiger, an den er die Ware bereits unter Papierübergabe verpfändet hat, nachträglich veräußern, so ist eine körperliche Uebergabe des Papiers entbehrlich, da der Erwerber bereits im Besitz des Papiers ist und sonach gemäß § 929 Satz 2 B.G.B. die schlichte Einigung über den Rechtsübergang am Papier ausreichend ist. Oder veräußert ein Bankgeschäft eine verbriefte Ware an einen Kunden, der jedoch das Papier nicht ausgehändigt erhalten will, sondern mit der Bank vereinbart, daß sie das Papier für ihn in Verwahrung nehme, so vollzieht sich die Papierübergabe mittels Besitzkonstituts. Schließlich bietet sich hauptsächlich nur so ein Weg, um bei Ausstellung nur eines Exemplars des Dispositionspapiers die Ware, die bereits unter Uebergabe des Papiers verpfändet wurde, an einen Dritten zu übereignen. Diesfalls kann der Verpfänder das Gut nur noch dadurch übereignen, daß er den Anspruch auf Herausgabe des Gutes gegen den Papierschuldner und zugleich den Anspruch auf Herausgabe des Papiers gegen den Pfandgläubiger abtritt.

Freilich können, wenn es sich um eine Verpfändung handelt, nicht alle bei einer Uebereignung zulässigen Ersatzmittel der körperlichen Uebergabe herangezogen werden, so namentlich nicht das Besitzkonstitut, ferner nicht die Anspruchsabtretung, wenn der Verpfänder nicht mittelbarer Besitzer des Papiers ist. Es können vielmehr nur die beim Fahrnispfandrecht statthaften Uebergabeersatzmittel Anwendung finden[2]). Denn ein Pfandrecht an einem verbrieften Recht setzt lediglich ein Pfandrecht an der Urkunde voraus. Auf diese Weise gelangt man aber auch bei der Verpfändung in den Fällen, wo die Rechtswirksamkeit von einer Uebergabe des Dispositionspapiers abhängt, zu den verschiedensten Möglichkeiten,

[2]) Jacobi, a.a.O., § 38 S. 468.
Staub, Kommentar z. H.G.B. III, § 368, Anm. 18.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. III, 2 § 1292, 3.
a. A. Planck, Kommentar zum B.G.B. III, § 1292, 5.
und R.G.R.-Kommentar, § 1292, 3.

ein Pfandrecht ohne unmittelbare Uebergabe des Papiers zu bestellen.

Daß in den Fällen, wo zur Uebertragung eines Rechts die Uebergabe des Papiers hinzukommen muß, nicht gerade der unmittelbare Besitz am Papier übertragen werden muß, sondern auch die zum Ersatz der Uebergabe tauglichen Mittel verwendet werden können, findet seine gesetzliche Bestätigung in § 1274 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. Diese Bestimmung spricht für den Fall der Bestellung eines Pfandrechts an einem Recht ausdrücklich davon, daß, wenn zur Uebertragung des Rechts die Uebergabe einer Sache erforderlich ist, die Vorschriften der §§ 1205, 1206 B.G.B. Anwendung finden. Daraus geht für die Uebertragung eines in einem Wertpapier verbrieften Rechts einwandfrei hervor, daß anstelle der körperlichen Uebergabe des Papiers die Uebergabe kurzer Hand und die in den §§ 1205 f. B.G.B. angegebenen Ersatzmittel der Sachübergabe zugelassen sind.

Wer aber das Eigentum oder ein Pfandrecht an einer in einem Dispositionspapier verbrieften Ware in der besprochenen Weise ohne unmittelbare Uebergabe des Papiers erwirbt, muß sich für den Fall, daß er sein Recht gegen den Papierschuldner geltend machen will, den unmittelbaren Besitz des Papiers verschaffen. Denn die Innehabung des Papiers ist notwendiges Legitimationsmittel bei der Verfolgung des verbrieften Rechts. Nur gegen Vorlegung und Aushändigung des Papiers ist der Papierschuldner zur Leistung berechtigt und verpflichtet.

Kurz zusammengefaßt ist das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung:

Nach Ausstellung eines Dispositionspapiers ist dieses nicht das ausschließliche Sachenrechtsübertragungsmittel, vielmehr finden neben der Papierbegebung auch noch die bürgerlichen Sachenrechtsübertragungsformen Anwendung, doch zum Teil mit einigen Abweichungen, die durch die Rechtsnatur der Dispositionspapiere bedingt sind.

Lebenslauf.

Geboren am 9. April 1906 zu Neu-Ulm als Sohn des Reichsbahnobersekretärs Josef Schropp und seiner Ehefrau Lina, geb. Deininger, trat ich im Herbst 1912 in die Elementarschule und im Herbst 1914 in das Gymnasium in Cannstatt ein, an dem ich am 8. März 1924 die Reifeprüfung ablegte. Nach ½jähriger Bankpraxis widmete ich mich vom Herbst 1924 ab auf den Universitäten Tübingen und München dem Studium der Rechtswissenschaft und legte im Spätjahr 1928 in Tübingen die 1. höhere Justizdienstprüfung ab. Seit Dezember 1928 bin ich als Referendar in Stuttgart.